ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra
Professor Honorário da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro
Juiz dos Tribunais Mixtos do Egito

TRATADO ELEMENTAR

(TEÓRICO E PRÁTICO)

DE

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

LIVRO II

APLICAÇÕES

Titulo I. Elementos da relação jurídica — Titulo II. Direitos de família



COIMBRA EDITORA L.DA
(ANTIGA CASA FRANÇA & ARMÉNIO)
LIVRARIA — R. Ferreira Borges, 63
OFICINAS — Avenida do Arnado
COIMBRA — 1922

TITULO I

Regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica de direito privado em geral

CAPITULO I

Sujeito da relação jurídica

SUMÁRIO. 219 — Conteúdo geral do problema do regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica. 220 — Capacidade de gôzo de direitos. I — A capacidade geral ou personalidade. Lei reguladora da sua existência e do seu início. 221 — II — Capacidade de gôzo de direitos especiais. Lei normalmente competente para a regular. Limites da sua aplicação. 222 — A capacidade de gôzo de direitos, os direitos adquiridos em país estranjeiro e as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros. 223 — Capacidade geral de exercício de direitos. Princípio geral. Aplicações e modificações do princípio. 224 — Capacidade de exercício de direitos especiais. 225 — A capacidade de exercício de direitos e a teoria do *favor negotii*. 226 — A capacidade de exercício de direitos e as leis de ordem pública internacional. 227 — As restrições da capacidade de exercício de direitos provenientes de sentenças proferidas por tribunais estranjeiros. 228 — Regime jurídico internacional dos actos do estado civil dos portugueses em país estranjeiro e dos estranjeiros em Portugal. 229 — Regime jurídico internacional do domicílio. 230 — Lei reguladora do termo da personalidade. Presunção de morte simultânea e presunção de sobrevivência no caso de morte de várias pessoas no mesmo acidente. Morte presumida: regime jurídico internacional da ausência. 231 — Lei reguladora dos poderes e responsabilidade dos órgãos das pessoas colectivas encarregados do exercício dos seus direitos.

219 — A vida jurídico-privada é constituída pelas *relações jurídicas de direito privado*, as quais formam os quatro grupos fundamentais — direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão.

Em todos estes direitos há, porém, elementos comuns e, por isso, a sciência do direito, mediante processos de técnica jurídica, constituiu a *teoria da relação jurídica*

de direito privado, onde se estuda o regime jurídico do que há de comum em todos os poderes de direito privado.

A teoria da relação jurídica de direito privado em direito interno corresponde, naturalmente, a teoria do *regime jurídico internacional da relação jurídica de direito privado*, que procura, fundamentalmente, fixar a lei reguladora dos elementos da mesma relação jurídica.

Os elementos comuns a toda a relação jurídica são — um *sujeito*, a quem se atribui um poder jurídico, um *objecto*, que constitui o conteúdo dêsse poder, um *facto jurídico*, que é o meio de constituïção do mesmo poder, e uma *garantia*, que é o processo de o defender e tornar efectivo.

O regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica de direito privado compreende, pois, a teoria do regime do sujeito e do objecto dessa relação, do facto da sua constituïção e dos seus meios de garantia.

220 — A atribuïção de um poder jurídico supõe na pessoa a quem êle é atribuído a *capacidade de gôzo de direitos* em geral e supõe, em especial, a capacidade de gôzo do direito de que se trata.

Sendo assim, o primeiro problema a estudar, no regime jurídico internacional do sujeito da relação jurídica, é o regime da capacidade geral de gôzo de direitos e o regime da capacidade de gôzo de direitos especiais.

I — *Capacidade geral de gôzo de direitos*. A capacidade geral de gôzo de direitos é aquela forma de capacidade que o artigo 1.º do Código civil chama *capacidade jurídica* ou *personalidade*, e consiste, como diz o mesmo artigo, na susceptibilidade de direitos e obrigações.

Qual será, pois, em direito internacional privado, o regime desta capacidade?

Ao estudar o problema dos direitos dos estranjeiros, assentámos estes dois princípios: 1.º) os Estados têm o dever de reconhecer a personalidade jurídica dos estranjeiros, isto é, o dever de os considerar como sujeitos de direitos (1); 2.º) a atribuïção da personalidade jurídica aos

(1) Vide êste *Tratado*, L. 1, n.os 41 a 44.

estranjeiros é o reconhecimento de uma personalidade jurídica já existente, e não a sua atribuïção *ex novo* pelo Estado onde os estranjeiros se encontram (1).

Da aceitação dêstes dois princípios resulta o corolário lógico de que a lei competente para atribuir a um indivíduo a capacidade jurídica ou personalidade é a lei do país a que êle pertence. Em verdade, a capacidade jurídica é um poder atribuído pela ordem jurídica e, por isso, se os Estados têm o dever de reconhecer nos estranjeiros uma personalidade jurídica já existente, esta personalidade tem de ser considerada como uma atribuïção da lei do Estado a que o indivíduo pertence.

Se, porém, a lei do Estado a que o indivíduo pertencer lhe não reconhecer a personalidade jurídica, ou porque admite a escravatura, ou porque admite a morte civil, atribuindo à profissão religiosa, a uma condenação penal, ou a qualquer outra causa a perda total ou parcial da personalidade, essa privação ou restrição não será reconhecida nos Estados que desconhecem a escravatura ou a morte civil, como hoje acontece nos Estados de civilização mais adiantada, por isso que as leis que atribuem a personalidade jurídica a todos os homens e que não admitem a privação da capacidade jurídica fundada na profissão religiosa ou na condenação penal, são consideradas leis de ordem pública internacional, que aproveitam tanto a nacionais como a estranjeiros.

E, porque assim é, parece afinal que a capacidade geral de gôzo de direitos é regulada pela *lex fori*. E assim o ensina, entre outros, Meili, que escreve: «Quando um ser humano tem a capacidade de direitos é considerado pessoa perante a lei. Esta capacidade é determinada exclusivamente pela *lex fori*, pois ainda que a escravatura, a servidão ou a morte civil sejam admitidas pela lei nacional ou pela lei do domicílio, não podem ser reconhecidas onde não existem nem de facto nem de direito» (2).

Contudo, perante o princípio de que o Estado reconhece aos estranjeiros uma personalidade já existente, e não uma personalidade nova, a atribuïção da personalidade não pode

(1) L. 1, n.º 45.
(2) *International civil and commercial law*, trad. de A. Kuhn, § 57, 1.

competir normalmente à *lex fori*, mas cabe à lei do Estado a que o indivíduo pertence.

Isso não obsta, porém, a que a *lex fori*, como lei de ordem pública internacional, *crie* a personalidade jurídica de um estranjeiro quando a lei do seu país lha não reconheça, a que a *amplie* quando a lei estranjeira estabeleça restrições inadmissíveis em face das concepções em que assenta o sistema jurídico local, ou mesmo a que a *restrinja* quando a lei estranjeira reconheça direitos que repugnem a essas concepções. E daqui a justificação da doutrina de Meili, que também é a doutrina de Von Bar (1), por isso que, na aparência, as coisas se passam como se a competência pertencesse à *lex fori*.

A doutrina que seguimos, além de coerente com o princípio que adoptámos sôbre a atribuïção do direito de personalidade, tem o mérito de tornar, em princípio, dependentes da mesma lei a capacidade geral de gôzo e a capacidade geral de exercício de direitos, pois veremos (2) que esta última forma de capacidade é regulada pela lei nacional. Nem deixaremos de notar que a unidade de regime das duas formas de capacidade foi ensinada por Savigny, embora êle atribuísse competência à lei do domicílio (3).

Assente que, em princípio, a existência da personalidade deve ser regulada pela lei do Estado a que o indivíduo pertence, por que lei deverá determinar-se o começo da mesma personalidade?

O interesse desta questão resulta de que as legislações dos Estados mais adiantados em civilização, embora unânimes em reconhecer em todos os homens a personalidade jurídica, nem todas, porém, fixam do mesmo modo o início da personalidade.

Três sistemas, com efeito, aí encontramos adoptados: *a*) o sistema do *nascimento com vida*, que é o sistema seguido pelas leis alemã, brasileira e portuguesa (4); *b*) o sistema da *viabilidade*, adoptado pela lei francesa e italiana (1); *c*) e o sistema da *duração da vida durante um certo número de horas*, sancionado pela lei espanhola (2).

Sendo assim, vê-se claramente a possibilidade de conflitos de leis e a necessidade de fixar uma regra para a sua resolução.

Dois sistemas foram formulados para resolver esta espécie de conflitos. Segundo o primeiro sistema, defendido por Von Bar (3), a questão do começo da personalidade deve ser resolvida em harmonia com a lei competente para reger a relação jurídica ou o facto relativamente aos quais importa determinar se já existe ou não a personalidade. Assim, para determinar se uma criança chegou a adquirir uma sucessão ou uma doação, deverá aplicar-se a lei reguladora das sucessões ou das doações e, para decidir se chegou a haver personalidade para o efeito de caracterizar o crime de infanticídio, deverá atender-se à lei do lugar onde se verificou o facto a classificar criminalmente, por aplicação do princípio da territorialidade das leis penais.

O segundo sistema é sustentado por Meili (4) e consiste em considerar a questão do começo da personalidade como uma *questão de estado*, que deve ser resolvida pela *presuntiva lei nacional*.

Com qual dos dois sistemas estará o rigor jurídico?

A questão do começo da personalidade não pode separar-se da questão da sua existência e, por isso, em princípio, o rigor está com o sistema de Meili. Se a lei do Estado a que o indivíduo pertence regula a *existência* da personalidade, por essa lei se deve determinar o momento em que a personalidade *começa a existir*.

Contudo, quando a questão do começo da personalidade apareça, não como uma questão geral relacionada com a existência da personalidade, mas como uma questão relacionada com o regime jurídico internacional de uma relação jurídica especial, como a sucessão ou a doação, deverá ser resolvida em face da lei competente para regular essa relação

(1) *The theory and practice of private international law*, trad. de G. Gillespie, § 145.
(2) Infra, n.º 223.
(3) *Sistème de droit romain*, trad. de Guenoux, VIII, § 362.
(4) Códigos civis — al., artigo 1.º, bras., artigo 4.º, port., artigos 6.º e 110.º.

(1) Códigos civis — fr., artigo 725.º, it., artigo 725.º.
(2) Código civil espanhol, artigo 30.º.
(3) Ob. cit., § 129.
(4) Ob. cit., § 69.

jurídica. Trata-se então da capacidade de gôzo de um direito especial e esta capacidade deve ser regulada, como vamos vêr, pela lei competente para reger a respectiva relação jurídica.

221 — II — *Capacidade de gôzo de direitos especiais.* Esta forma de capacidade consiste no poder de fruir direitos determinados, como a faculdade de ser proprietário de bens imóveis num certo país, e a faculdade de exercer o poder paternal ou de ser tutor.

Qual deverá ser a sua lei reguladora?

Savigny, embora sujeitasse em geral a capacidade jurídica à lei do domicílio como lei pessoal (1), ao enumerar as limitações da lei do domicílio como lei reguladora dessa capacidade, escreve: «Se a lei de um país declarar os judeus incapazes de adquirir imóveis, esta lei atinge tanto os judeus estranjeiros como os judeus nacionais; mas estes últimos podem adquirir imóveis nos Estados que não reconhecerem esta lei» (2). Esta limitação era claramente a derivação da lei pessoal para a lei da situação dos bens, o que representava a manifestação do princípio de que a capacidade de gôzo de direitos especiais deve ser regulada pela lei competente para regular êsses direitos.

E êste princípio, de que Savigny teve a intuïção, foi formulado por Von Bar, o qual seguiu a doutrina de que a capacidade de gôzo de um direito determinado é racionalmente regulada pela lei a que é submetido o regime dêsse direito, devendo, designadamente, a capacidade de ser proprietário ser regulada pela *lex rei sitæ* (3).

Esta doutrina, aceita por Anzilotti (4) e Rolin (5), parece, com efeito, racional, pois, se se atribui competência a uma certa lei para organizar uma relação jurídica, a essa mesma lei se deve atribuir competência para indicar as pessoas capazes de ser sujeitos dessa relação jurídica.

Como, porém, observava Dreyfus (6), a doutrina de

(1) § 364, pág. 146.
(2) Ob. cit., pág. 161.
(3) Ob. cit., § 137, pág. 305.
(4) *Corso di lezioni*, pág. 189.
(5) *Principes du droit international privé*, I, pág. 266.
(6) *L'acte juridique en droit privé international*, pág. 339 e seg.

Von Bar só poderá considerar-se exacta quando o gôzo ou a privação de um direito determinado resultar da própria organização de uma instituïção jurídica, como acontece com o direito de ser proprietário, que é regulado incontestàvelmente pela *lex rei sitæ*, com o direito de exercer o poder paternal, que é regulado pela lei nacional do filho, e com o direito de fazer testamento, que é regulado pela lei nacional do testador.

Pode, porém, acontecer que a falta de poder para praticar um acto jurídico resulte de uma *causa estranha* à relação jurídica que pelo acto se constitui, estando a razão da *incapacidade* ou em outra relação jurídica ou numa razão de ordem pública, e então compreende-se que a lei reguladora de semelhante incapacidade deve ser ou a lei competente para regular a relação jurídica-*causa*, ou a *lex fori* como lei de ordem pública internacional.

Elucidará suficientemente esta doutrina a análise dos preceitos do Código civil que estabelecem incapacidades especiais a respeito do contrato de compra e venda.

Êsses preceitos lêem-se nos artigos 1562.º a 1566.º daquele Código, cuja letra é:

«Art. 1562.º Não podem ser compradores, nem directamente, nem por interposta pessoa: 1.º os mandatários ou procuradores e os estabelecimentos, quanto aos bens de cuja venda ou administração se achem encarregados; 2.º os tutores e os protutores, quanto aos bens dos seus tutelados ou protutelados, durante a tutela ou protutela; 3.º os testamenteiros, quanto aos bens da herança, emquanto durar a testamentaria; 4.º os funcionários públicos, quanto aos bens em cuja venda intervêm, como tais, quer êsses bens sejam nacionais, municipais ou paroquiais, quer de menores, de interditos ou de quaisquer outras pessoas.

«Art. 1563.º Não podem comprar cousa litigiosa os que não podem ser cessionários, conforme o que fica disposto no § único do artigo 785.º (1), excepto no caso de venda de acções hereditárias, sendo os compradores coerdeiros, ou de

(1) A disposição do artigo 785.º e seu parágrafo é a seguinte: «O credor pode transmitir a outrem o seu direito ou crédito, por título gratuito ou oneroso, independentemente de consentimento do devedor. § único. Mas, se os direitos ou créditos forem litigiosos, não poderão ser cedidos de qual-

os compradores possuírem bens hipotecados para segurança do direito litigioso.

«Art. 1564.° Não podem comprar nem vender reciprocamente os casados, excepto achando-se judicialmente separados de pessoas e bens.

«§ único. Não será, contudo, havida como venda proïbida entre casados a cessão ou dação em pagamento, feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte, por causa de alguma dívida legítima.

«Art. 1565.° Não podem vender a filhos ou netos, os pais ou avós, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda.

«§ único. Se algum deles recusar o seu consentimento, poderá êste ser suprido por um conselho de família, que para êsse fim será convocado.

«Art. 1566.° Não podem os comproprietários de cousa indivisível vender a estranhos a sua respectiva parte, se o consorte a quiser tanto por tanto. O comproprietário, a quem não se deu conhecimento da venda, pode, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, contanto que o requeira no prazo de seis meses.

«§ único. Se forem muitos os comproprietários, preferirá o que tiver a maior parte. Se as partes forem iguais, haverão todos os consortes, ou os que a quiserem, a parte vendida, feito prèviamente o depósito do preço».

Estes artigos estabelecem, evidentemente, uma série de incapacidades quanto ao poder de realizar o contrato de compra e venda e, portanto, quanto ao poder de estabelecer as relações jurídicas que pelo contrato de compra e venda se constituem.

Se fôssemos a aplicar, sem restrições, o princípio geral de que a capacidade de gôzo de um direito especial é regulada pela mesma lei que regula a respectiva relação jurídica, resultaria que a lei competente seria a que regula o contrato de compra e venda e, portanto, no nosso sistema de regras de conflitos de leis, a lei do lugar da celebração do contrato (Código comercial, artigo 4.°, n.° 1.°).

quer forma aos juizes singulares ou colectivos, nem a outras autoridades, se êsses direitos ou créditos forem disputados nos limites em que elas exercem as suas atribuïções. A cessão feita com quebra do que fica disposto neste parágrafo será de direito nula».

Semelhante resultado estaria, porém, em desacôrdo com a *relação de causalidade* que deve existir entre a *natureza das relações jurídicas* e a competência das leis que as devem regular, segundo a fórmula de Savigny, ou entre a competência das leis e o *fim social* que o legislador teve em vista ao formulá-las para regerem as relações jurídicas, segundo a fórmula de Pillet (1). Para que essa relação de causalidade se mantenha, é necessário que cada uma daquelas incapacidades se ligue à *causa* que a determina e que a explica, a qual se encontra claramente fora da organização das relações jurídicas que se constituem pelo contrato de compra e venda.

Ora, aceitando êste critério de causalidade, a solução é diferente e varia de incapacidade para incapacidade.

Comecemos pelo artigo 1564.°. A incapacidade aí estabelecida para os cônjuges entre si celebrarem contratos de compra e venda relaciona-se evidentemente com o regime das relações entre os cônjuges e, por isso, deve ser regulada pela lei nacional do marido, que é a lei normalmente competente para regular aquelas relações (2).

A incapacidade de vender a filhos ou netos sem consentimento dos outros filhos ou netos, estabelecida pelo artigo 1565.°, tem claramente a sua razão de ser no intuito de evitar que, mediante vendas simuladas e doações dissimuladas, se vá desfalcar o património do vendedor em prejuízo dos seus herdeiros legitimários, coordena-se, por isso, com a sucessão legitimária, devendo lògicamente ser regulada pela lei nacional do vendedor, que é, presuntivamente, a lei reguladora da sua sucessão (3).

A incapacidade do comproprietário, estatuída no artigo 1566.°, coordena-se manifestamente com o regime da propriedade ou com o regime da sucessão e tem por fim ou a substituïção da propriedade comum pela propriedade singular, que é a forma normal da organização da propriedade, ou a conservação da herança entre os coerdeiros e, por isso, torna-se evidente que tal incapacidade deve ser

(1) L. 1, n.os 93, 102 e 120, III.
(2) Dreyfus, ob. cit., pág. 344; L. 1, n.os 135 e 137.
(3) L. 1, n.° 129.

regulada pela *lex rei sitæ* ou pela lei nacional do autor da herança (1).

As incapacidades formuladas nos artigos 1562.º e 1563.º resultam do exercício de uma *função*, a função de *representante* convencional ou legal, a função de *tutor* ou *protutor*, a função de *testamenteiro*, e uma *função pública* administrativa ou judicial. Sendo assim, compreende-se que a lei reguladora da incapacidade deve ser a mesma lei que regula a função, pela razão simples de que é a função que explica a incapacidade. E, por tal motivo, a incapacidade do mandatário convencional deverá ser regulada pela lei que regula o mandato, a incapacidade do representante legal pela lei que regula essa forma de representação, a incapacidade do tutor ou do protutor pela lei que regula a tutela ou a protutela, a incapacidade do testamenteiro pela lei que regula a sucessão testamentária, e a incapacidade do funcionário administrativo ou judicial pela lei que regula a sua função, que é a lei do Estado em cujos serviços públicos se integra a mesma função.

Importa, porém, observar que todas as incapacidades dos artigos 1562.º e 1563.º parecem ter por fim *moralizar* as funções de que derivam e *tornar insuspeitas* as vendas de determinados bens e, por isso, nos inclinamos para a doutrina de que devem considerar-se de ordem pública internacional os preceitos dos mesmos artigos e, como tais, aplicáveis a todos os contratos de compra e venda realizados em Portugal, ainda que as incapacidades não existam segundo a lei normalmente competente para os regular (2).

Uma vez determinada a lei que deve regular a capacidade e, portanto, a incapacidade de gôzo de um direito especial, pode acontecer que a capacidade ou incapacidade estabelecida por uma lei estranjeira vá de encontro a uma lei de ordem pública do Estado onde se pretenda tornar efectiva.

Em tal caso, deixará de aplicar-se a lei estranjeira competente, para lhe substituir a *lex fori*, quer para estabelecer uma incapacidade onde a lei estranjeira reconhece a capacidade, quer para admitir a capacidade recusada pela lei estranjeira.

(1) L. I, n.ºs 129 e 139.
(2) Vide Rolin, ob. cit., III, n.º 1173.

Assim, se a lei da tutela permitir que o tutor compre os bens do pupilo e no Estado local se entender que semelhante compra é imoral, o acto permitido pela lei da tutela será proïbido pela lei local como lei de ordem pública. Se, ao contrário, a lei da sucessão tornar a confissão religiosa causa de incapacidade de ser herdeiro legítimo ou testamentário e a lei local determinar que o credo religioso não pode influir sôbre o gôzo e exercício de direitos, como entre nós dispõe a Const. política, artigo 3.º, n.º 4 a 7, a *incapacidade religiosa* deixará de ser atendida.

As incapacidades de gôzo de direitos especiais revelam-se, porém, sempre a propósito de relações jurídicas determinadas, sendo, pois, ao estudar o regime jurídico internacional dessas relações que melhor se pode determinar se certa forma de capacidade ou de incapacidade de gôzo de direitos estabelecida por uma lei estranjeira deve ou não ser afastada pela acção inibitória das leis de ordem pública internacional.

222 — Para completar as breves considerações que ficam feitas acêrca da capacidade de gôzo de direitos, importa referir essa forma de capacidade aos efeitos quer dos actos praticados em país estranjeiro quer das sentenças proferidas por tribunais estranjeiros.

a) *Actos praticados em país estranjeiro.* Como fica dito, a lei que atribui a capacidade geral de gôzo de direitos é uma lei de ordem pública internacional, não podendo os tribunais de um país que não admite a escravatura ou a morte civil reconhecer em qualquer indivíduo a falta de capacidade jurídica pelo facto de êle pertencer a um Estado cuja legislação ainda permite semelhantes instituïções.

Pode, porém, dar-se o caso de o ferido de incapacidade de morte civil ter praticado um acto jurídico num país que admite essa instituïção, semelhante acto ser nulo nesse país por incapacidade do seu agente, e de um tribunal português ter de apreciar o valor do mesmo acto, assim como pode acontecer que num país de escravatura se tenha efectuado a venda de um escravo e que pretenda tornar-se efectivo em Portugal o contrato, quer quanto à entrega do escravo, quer quanto à entrega do preço, e, por isso, importa saber qual o caminho que têm de seguir os tribunais.

A nulidade resultante de o agente de um acto jurídico ser ferido da incapacidade de morte civil não pode ser reconhecida, pois isso equivalia a reconhecer a morte civil, e semelhante instituïção repugna aos princípios em que hoje assenta o nosso direito (1).

Pela mesma razão, não poderá tornar-se efectiva a entrega do escravo. Segundo os princípios que dominam nos Estados de civilização europeia, os escravos que entram nesses Estados conquistam *ipso facto* a sua liberdade, e decretar a entrega de um escravo equivaleria a reconhecer a escravatura (2).

Quanto à eficácia do direito de crédito resultante de uma transacção sôbre um escravo realizada num país de escravatura, a solução deverá, porém, ser diferente. A pessoa do escravo já não está em discussão. Apenas se discute uma relação jurídico-patrimonial perfeitamente legítima no país onde se constituiu e cuja eficácia, que se traduz na entrega de uma quantia em dinheiro, e não afecta, por si mesma, as leis de ordem pública. Deverá, pois, o crédito ser considerado legítimo.

E o mesmo deverá dizer-se dos direitos que, por intermédio de um escravo, alguém tenha adquirido num país de escravatura. Os tribunais portugueses não poderão negar a existência legal da escravatura nos países que a admitem e, por isso, deverão igualmente reconhecer os efeitos de semelhante instituïção até onde êles, por si mesmos, sejam indiferentes às leis de ordem pública local (3).

b) *Sentenças proferidas por tribunais estranjeiros.* Uma sentença penal ou uma sentença cível pode privar um indivíduo quer da capacidade geral de gôzo de direitos, nos países onde é admitida a morte civil, quer da capacidade de gôzo de um direito especial, como o poder paternal, a tutela, o mandato judicial, etc. Daqui a necessidade de determinar o valor das sentenças proferidas por tribunais estranjeiros em cujo preceito se contenha semelhante privação. Para isso, importa considerar separadamente as sentenças penais e as sentenças civis.

(1) Vide, em sentido contrario, Von Bar, ob. cit., § 145.
(2) L. 1, pág. 133.
(3) Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 185.

1.°) *Sentenças penais.* Entre estas sentenças, ainda importa distinguir as sentenças que privem um indivíduo da capacidade geral de direitos, das sentenças que o privem do gôzo de um direito especial.

As sentenças do primeiro grupo são claramente inexequíveis em Portugal, como contrárias ao princípio do direito português que atribui a personalidade jurídica a todos os indivíduos, mesmo aos condenados (Código civil, artigo 1.°; Código penal, artigo 74.° a 77.°), que é um princípio de direito e ordem pública (Código de processo civil, artigo 1088.°, § 1.°, n.° 5) (1).

Quanto às sentenças do segundo grupo, pode discutir-se, e já se tem discutido, se o seu efeito deve ser meramente *territorial*, limitando-se ao país onde a sentença é proferida, ou se êsse efeito deve ser *exterritorial*, reconhecendo-se a incapacidade fora daquele Estado.

Três opiniões têm sido defendidas: *primeira* — as incapacidades civis resultantes de uma sentença penal devem ser meramente territoriais; *segunda* — tais incapacidades devem ser reconhecidas internacionalmente; *terceira* — deve distinguir-se entre as sentenças proferidas pelos tribunais do Estado de que o condenado é nacional, e as proferidas pelos tribunais de outros Estados, para o efeito de reconhecer valor internacional às incapacidades penais resultantes das primeiras, e de o negar às resultantes das segundas.

A primeira opinião, que é a mais geralmente seguida (2), baseia-se no princípio da territorialidade das leis e das sentenças penais, ainda hoje seguido por todas as legislações, e na consideração de que uma incapacidade civil imposta por uma sentença penal deve ter o mesmo valor que esta e, portanto, ser meramente territorial.

A segunda é adoptada por Meili, o qual, porém, se limita a afirmar que não há diferença entre uma restricção de capacidade directamente estabelecida numa lei estranjeira e a declarada por um tribunal estranjeiro (3).

A terceira, já aceita pelos estatutários D'Argentré, Bur-

(1) L. 1, pág. 556 e seg. e 677.
(2) Von Bar., ob. cit., § 146.
(3) Ob. cit., § 57, pág. 176.

gundo e Boullenois, foi modernamente defendida por Weiss, com o fundamento de se tratar afinal de uma incapacidade fundada na lei nacional do condenado, se bem que estabelecida na lei penal (1).

Das três opiniões, a mais rigorosa, jurídicamente considerada, é a primeira. Em verdade, dado o princípio, por toda a parte aceito, de que as pênas são meramente territoriais, territoriais devem ser os seus efeitos e, portanto, as incapacidades resultantes da aplicação das mesmas pênas. É certo, como nota Pillet (2), que certas incapacidades resultantes das sentenças penais visam bem menos o castigo do criminoso do que a protecção de certas pessoas submetidas pela lei à sua autoridade e que teriam de participar do estado de degradação em que êle caiu. Contudo, não deixam essas incapacidades de ser conseqüências de uma pêna, devendo, como tais, ter o seu efeito limitado ao território do Estado onde o criminoso foi condenado.

E a doutrina exposta também nos parece ser a doutrina rigorosa em face do direito português.

Em verdade, o nosso direito reconhece claramente o princípio da territorialidade das penas e das sentenças penais. É o que mostram o artigo 35.°, § 4.°, do Código penal, quando dispõe que não são computadas para a reincidência as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros, e o artigo 53.°, n.os 3 e 5 e § 3.°, do mesmo Código, determinando que o português condenado em país estranjeiro que se tiver subtraído ao cumprimento de toda a pêna ou de parte dela deve ser de nôvo processado em Portugal, aplicando-se-lhe a pêna correspondente da nossa legislação, levando embora em conta ao réu a parte que já tiver sofrido, os quais indicam que não são susceptíveis de execução no país as sentenças penais proferidas por tribunais estranjeiros. Mas, se as sentenças penais estranjeiras não podem cá executar-se, é lógico concluir que não podem tornar-se efectivas as incapacidades civis que elas impõem.

Não devemos, porém, ocultar que a estrita territorialidade das sentenças penais pode dar lugar a situações imorais

(1) *Traité*, III, pág. 376 e seg.
(2) *Principes*, n.° 163.

e perigosas. É o que acontecerá na hipótese de qualquer indivíduo ter sido condenado em país estranjeiro numa pêna que, segundo a lei penal portuguesa, tem como conseqüência a incapacidade de ser tutor, curador, procurador em negócios de justiça, ou membro do conselho de família (Código penal, artigos 76.°, n.° 3, e 77.°, n.° 2.°). É, em verdade, chocante que um indivíduo condenado em país estranjeiro numa pêna que, quando imposta por tribunal português, o feriria com alguma daquelas incapacidades, possa exercer livremente as referidas funções.

A lei italiana, à semelhante do que havia feito a lei alemã, já proveu de remédio tal inconveniente. Com efeito, o artigo 7.°, alínea 3.ª, do Código penal italiano estabelece o seguinte preceito: «Se contra um cidadão tiver sido pronunciada em país estranjeiro uma condenação que, segundo a lei italiana, importaria, como pêna ou como efeito penal, a interdição de funções públicas ou outras incapacidades, a autoridade judiciária, a instâncias do ministério público, poderá declarar que a sentença proferida no estranjeiro produzirá no reino a referida interdição ou incapacidade, salvo ao condenado o direito de requerer que, antes de dar seguimento à promoção do ministério público, se renove o processo seguido no estranjeiro».

Com a aplicação dêste preceito, a sentença penal estranjeira não se executa quanto ao cumprimento da pêna propriamente dita, mas podem tornar-se efectivas as suas conseqüências relativas ao exercício de funções públicas ou de direitos privados de que privaria o criminoso uma condenação semelhante proferida em Itália.

No direito português não há nada de semelhante e, por isso, nenhum efeito se poderá atribuir às sentenças penais estranjeiras, como tais, quanto às incapacidades de direito civil que resultam das pênas nelas impostas.

Poderá, porém, uma sentença penal estranjeira, quando implique uma das incapacidades que a lei portuguesa faria derivar da pêna nela imposta, ser invocada como *documento* (1) para provar o *mau procedimento* do condenado e, portanto, constituir motivo, quer de exclusão ou de remoção da tutela,

(1) L. I, pág. 656.

da protutela, da curatela ou do conselho de família, nos termos dos artigos 234.º, n.º 6.º e 235.º, n.º 4.º, do Código civil, e dos artigos 754.º, 755.º e 756.º, do Código de processo civil, quer de interdição do poder paternal, por colocarem os filhos em perigo moral, nos termos do artigo 26.º, n.ºs 3.º e 4.º, alínea *b*) do decreto de 26 de maio de 1911, relativo à tutoria da infância. Num ou noutro caso, basta a prova do *mau procedimento* para fundamentar a exclusão ou remoção da tutela, da protutela, da curatela e do conselho de família, ou para a interdição do poder paternal, e a sentença penal estranjeira pode evidentemente ser invocada como *documento*, como se vê do artigo 53.º, § 3.º, do Código penal, pois a prova de que um indivíduo foi condenado só pode fazer-se evidentemente pela apresentação da sentença, assim como só pela apresentação da sentença se pode conhecer qual a pêna aplicada (1), e até, se constar de um documento autêntico devidamente legalizado, fará prova de valor igual aos documentos da mesma natureza exarados ou expedidos em Portugal, nos termos do artigo 2430.º do Código civil.

Sendo assim, apenas se não poderá tornar efectiva a *incapacidade de ser procurador em negócios de justiça*, prevista pelo artigo 76.º, n.º 2.º, do Código penal. Contudo, como a constituïção de um procurador judicial é meramente voluntária quanto à pessoa escolhida, fica muito atenuado, se não desaparece, o inconveniente de poder exercer o mandato judicial um condenado em país estranjeiro que não poderia exercê-lo se fôsse condenado em Portugal.

2.º) *Sentenças civeis*. A incapacidade de gôzo de um direito especial também pode ser decretada por uma sentença civil. É o que acontece, por exemplo, com a sentença de interdição do poder paternal (Código civil, artigo 141.º; Código de processo civil, artigo 436.º e seg.).

Semelhantes sentenças estão, porém, submetidas ao regime geral acêrca do valor das sentenças proferidas por tribunais

(1) Eis a letra do § 3.º do artigo 53.º do Código penal: «Se nos casos dos n.ºs 3.º e 5.º o criminoso ou delinquente, havendo sido condenado no lugar do crime ou delito, se tiver subtraído ao cumprimento de toda a pêna ou de parte dela, formar-se há nôvo processo perante os tribunais portugueses, que, se julgarem provado o crime ou delito, lhe aplicarão a pêna correspondente pela nossa legislação, levando em conta ao réu a parte que já tiver cumprido».

estranjeiros, que já estudámos. São sentenças susceptíveis de revisão e confirmação, pois versam sôbre direitos privados, estão sujeitas a revisão e confirmação, segundo os princípios estabelecidos, e deverão ser ou não confirmadas, segundo satisfizerem ou não às condições exigidas pela lei (1).

223 — Os poderes jurídicos reconhecidos pela lei só têm valor quando são exercidos e, por isso, a capacidade de gôzo de direitos, que é o poder de fruir direitos, deve ser naturalmente *continuada* pela *capacidade de exercício de direitos*, que é o poder de exercer pessoal e livremente os direitos conferidos pela lei, isto é, o poder de exercer êsses direitos por si e sem autorização ou assistência de ninguém.

E, dada esta noção, procuremos determinar o regime jurídico internacional da capacidade de exercício de direitos, formulando o princípio geral que a domina e indicando as suas principais aplicações e os seus limites.

a) *Princípio geral*. A capacidade de exercício de direitos relaciona-se geralmente com uma *qualidade das pessoas* que para elas constitui um *estado absoluto*, como a idade e o estado mental, e, por isso, também geralmente é regulada pela *lei pessoal* e, entre nós, pela *lei nacional*.

Com o intuito de estabelecer o regime da capacidade de exercício de direitos ou *capacidade de actos jurídicos*, foi que a elaboração doutrinal do direito internacional privado, a começar com os estatutários, assentou no princípio de que o *estado e capacidade das pessoas são regulados pela lei pessoal*, o que, com largueza, verificámos ao estudar a evolução doutrinal do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estranjeiras, e ao estudar a esfera de aplicação da lei pessoal (2).

O princípio foi expressamente aceito pelas nossas leis, como mostram os artigos 24.º e 27.º do Código civil e o artigo 12.º do Código comercial, cuja letra é: «Os portugueses, que viajam ou residem em país estranjeiro, conservam-se sujeitos às leis portuguesas concernentes à sua *capa-*

(1) L. I, pág. 649 e 657.
(2) L. I, pág. 294 e seg. e 433 e seg.

cidade civil, ao seu *estado,* e à sua propriedade imobiliária situada no reino, emquanto aos actos que houverem de produzir nele os seus efeitos: a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do país onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário (Código civil, artigo 24.°). O *estado e capacidade civil* dos estranjeiros são regulados pela lei do seu país (Código cit., artigo 27.°). A *capacidade comercial* dos portugueses que contraem obrigações em país estranjeiro, e a dos estranjeiros que as contraem em território português, será regulada pela lei do país de cada um, salvo quanto aos últimos naquilo em que for oposta ao direito público português (Código comercial, artigo 12.°)».

As fórmulas do Código civil *capacidade civil e estado* e *estado e capacidade,* e a fórmula do Código comercial *capacidade comercial,* compreendem, sem a mínima dúvida, a capacidade das pessoas que deriva de uma qualidade ou estado das mesmas pessoas e, portanto, a capacidade de exercício de direitos ou de actos jurídicos, sempre que esta se coordena com uma determinada qualidade das pessoas que influi na sua vida jurídica, como a *idade* (menoridade e maioridade) e o *equilíbrio mental* (siso e demência).

Mas, assente o princípio de que a capacidade de exercício de direitos é regulada pela lei pessoal, cumpre precisar as condições e limites de aplicação do mesmo princípio.

b) *Aplicações e limites do princípio.* A capacidade de exercício de direitos é a *regra* e as incapacidades são *excepções* e, portanto, o que importa conhecer são as excepções, isto é, as *incapacidades de exercício de direitos,* para bem determinar o seu regime.

As incapacidades de exercício de direitos derivam, em geral, da menoridade, do estado físico ou mental, do casamento e da falência.

1.°) *Menoridade.* Todas as legislações dividem a vida humana em dois períodos, a *menoridade,* a que corresponde a *incapacidade* para praticar actos jurídicos, e a *maioridade,* a que corresponde a capacidade para a prática dêstes actos (Código civil, artigos 97.°, 98.° e 311.°).

Nem todas, porém, fixam de modo igual êsses dois períodos, bastando dizer que, emquanto a lei portuguesa fixa a maioridade aos vinte e um anos (Código civil, artigo 311.°), o código civil espanhol a fixa aos vinte e três (artigo 320.°), e o código civil suíço aos vinte (artigo 14.°).

A duração do período da menoridade e, portanto, o começo da maioridade é, assim, o primeiro ponto a determinar pela lei pessoal. Não há que hesitar. É um assunto que a relaciona evidentemente com a protecção das pessoas e que, por isso, entra na esfera de aplicação da lei pessoal, que é uma lei de protecção individual.

Pela mesma lei se deve determinar o *grau de incapacidade dos menores,* sôbre o qual também divergem as legislações. Assim é, por exemplo, que a lei portuguesa considera sempre *simplesmente anulável* o contrato feito por um menor (Código civil, artigo 688.°, n.° 1.°) e a lei brasileira considera absolutamente incapazes os menores de dezasseis anos, sendo *nulos de direito* os actos por êles praticados, e relativamente incapazes os maiores de dezasseis anos e menores de vinte e um, sendo os actos que praticarem meramente *anuláveis* (Código civil, artigo 5.°, n.° 1.°, artigo 6.°, n.° 1.°, e artigos 145.° e 147.°).

Também pela lei pessoal se determinará até quando, por virtude da idade, uma pessoa está sujeita ao poder paternal ou à tutela, instituïções destinadas a suprir a incapacidade dos menores e a representá-los na prática dos actos que lhes interessem, as quais, por isso, só podem durar emquanto dura a menoridade.

Ainda pela lei pessoal, e pela mesma razão, se deve fixar a idade em que pode ter lugar a *emancipação,* que é uma *antecipação* da maioridade e tem, em regra, os mesmos efeitos.

Esta doutrina é de evidência na hipótese de a emancipação ter lugar por simples concessão dos pais ou do conselho de família.

Mas que dizer da emancipação por casamento, no caso de marido e mulher terem diferente nacionalidade e de a lei de cada um deles estabelecer idade diferente para essa espécie de emancipação?

É um caso de conflito de leis pessoais, que cumpre resolver em harmonia com os critérios em outro lugar estabelecidos (1).

(1) L. 1, n.os 136 e 137.

Se o emancipando for o marido, não haverá dificuldade, pela razão simples de que a êle pertence a direcção da família e, portanto, a sua lei nacional dirá se êle tem ou não a idade para ficar emancipado pelo casamento.

Se o emancipando for a mulher, ainda podem dar-se duas hipóteses: de a mulher ter a idade suficiente segundo a lei do seu país e não a ter segundo a lei do país do marido; ou de a ter segundo esta última lei, e não a ter segundo a sua lei nacional.

Na primeira hipótese, parece que também não deve hesitar-se em aplicar a lei nacional da mulher, que atribui ao acto-casamento o efeito da emancipação, pois que, quando começa a vida conjugal, já a mulher tem deixado de estar sujeita ao pai ou ao tutor.

Na segunda hipótese, porém, já pode hesitar-se entre a lei do marido e a lei da mulher. Inclinamo-nos, todavia, para a aplicação da lei do marido, por êste ficar regendo a família e para evitar que a mulher fique sujeita a uma pessoa diferente do marido para a prática dos actos jurídicos. É a solução de Champcomunal (1), que nos parece corresponder à razão de ser da emancipação por casamento.

Finalmente, ainda será a lei pessoal que, como lei reguladora da emancipação, determinará os seus efeitos, e portanto determinará se o emancipado fica completamente equiparado a um maior quanto ao exercício dos direitos civis, e se a emancipação é irrevogável, como tudo acontece pelo direito português (Código civil, artigo 305.° e 310.°), ou se o emancipado ainda fica inibido de praticar livremente alguns actos, continuando sujeito, quanto a êles, a um curador, e se a emancipação pode ser revogada, quando o emancipado mostre que ainda não estava em condições de bem reger a sua pessoa e administrar os seus bens, como tudo acontece no direito francês (Código civil, artigo 481.° a 486.°) (2).

(1) *Revue Darras—de Lapradelle*, 1910, pág. 723 e 724. É no mesmo sentido o artigo 20.°, n.° 4, do projecto polaco, de que demos conta no L. I, pág. 387, nota (1).

(2) Quando estudarmos o regime jurídico do poder paternal, procuraremos determinar qual a lei reguladora da *competência* para conceder a emancipação e a *forma* por que esta deve ser feita. Por agora, apenas quisemos estabelecer a relação entre a emancipação e a menoridade.

O que fica dito acêrca da competência da lei pessoal para regular a menoridade e os seus efeitos não tem inteira aplicação quando o indivíduo mude de nacionalidade numa idade tal que, sendo já maior segundo a lei do país de origem, seria menor segundo a lei do país de naturalização.

Nesta hipótese, discute-se muito se o naturalizado continua a ser maior, como era pela lei antiga, ou passa a ser menor, como seria pela nova lei. Já noutro lugar versámos esta questão e aí deixámos dito que o estado constituído sob o domínio da antiga lei pessoal deve persistir sob o domínio da nova lei, como uma situação jurídica subjectiva que esta lei não pode modificar (1).

Importa notar que a questão não pode suscitar-se, em face do direito português, no caso de naturalização pròpriamente dita, por isso que a nossa lei exige que o naturalizando seja maior segundo a lei portuguesa e segundo a lei do país de origem (Código civil, artigo 19.°; decreto 2 de dezembro de 1910, artigo 1.°, n.° 1.°).

Pode, porém, aparecer na hipótese de casamento de uma estranjeira com um português, já maior segundo a lei do seu país e que seria menor segundo a lei portuguesa, pois que, para semelhante hipótese, não há nenhuma disposição de lei que regule directamente o assunto.

No caso inverso de o naturalizado ser ainda menor pela lei do país de origem e já ter atingido a idade da maioridade segundo a lei do país da naturalização, dá-se desde logo a adquisição do estado de maior. A lei do mesmo país passa a ser a lei pessoal do naturalizado e, portanto, a lei reguladora do seu estado e capacidade, sendo por ela que deve fixar-se o termo da menoridade e, como êsse termo já tem passado, o naturalizado fica desde logo no estado de maior.

2.°) *Interdição*. Por virtude do seu estado físico ou mental, pode um indivíduo deixar de ter a aptidão suficiente para reger a sua pessoa e para administrar os seus bens, e daí o instituto da interdição, ou um instituto análogo, pelo qual o indivíduo é declarado *incapaz* para, por si e livremente, praticar quaisquer ou alguns actos jurídicos.

(1) L. I, pág. 622; Conf. Meili, ob. cit., § 60, II.

As causas de interdição são geralmente a loucura, a surdez-mudez e a prodigalidade. E tais são as causas de interdição admitidas pela nossa lei (Código civil, artigo 314.º a 352.º).

Legislações há, porém, que, além de estas, admitem outras causas. Assim é, por exemplo, que o código civil alemão considera causa de interdição a *embriaguez* (artigo 6.º, n.º 3.º), e o código civil italiano considera causa de *inabilitação* a *cegueira* (artigo 324.º a 342.º).

Qualquer que seja a sua causa específica (loucura, prodigalidade, etc.), a incapacidade resultante da interdição é sempre uma incapacidade de exercício de direitos, embora possa equivaler, por vezes, no seu efeito prático, a uma incapacidade de gôzo de determinados direitos, o que se dá quando estes só pessoalmente possam ser exercidos, como o direito de fazer testamento. A possibilidade dêsse efeito prático não muda, porém, o seu regime jurídico internacional.

Além de incapacidade de exercício de direitos, é uma incapacidade determinada por um *estado absoluto* e tende à protecção do incapaz e, por isso, é, sem a mínima dúvida, regulada pela lei pessoal do incapaz.

Pela lei pessoal, pois, se determinará se em certo indivíduo se dá alguma causa de incapacidade resultante do seu estado físico ou mental.

Na aplicação desta doutrina, uma dificuldade pode, porém, aparecer, que cumpre desde já considerar. Consiste em saber se poderá ser interdito num país um indivíduo por uma causa de interdição admitida pela sua lei nacional, mas não reconhecida pela lei local.

É o que acontecerá em Portugal relativamente à interdição de um alemão por embriaguez, ou relativamente à inabilitação de um italiano por cegueira.

Para resolver esta questão, têm sido seguidos três sistemas: — o *sistema da personalidade*, adoptado pelo Instituto de direito internacional (1) e seguido pela comissão respectiva da conferência da Haia de 1900 (2), segundo

(1) *Annuaire* cit., IV, pág. 163.
(2) *Actes*, de 1900, pág. 201 e 202.

o qual as causas de interdição devem ser determinadas sempre, e só, pela lei nacional do incapaz; o *sistema da territorialidade*, proposto pelos Govêrnos francês e suíço, nas observações ao projecto de programa da conferência da Haia de 1904 (1), e defendido pelo delegado suíço, Meili, à mesma conferência (2), segundo o qual as causas de interdição devem ser reguladas pela lei do país onde ela é decretada; e o *sistema da concordância*, proposto pelo Govêrno alemão nas observações àquele projecto de programa (3), aceito pela comissão da conferência de 1904 (4), e finalmente sancionado na convenção da Haia de 17 de junho de 1905, no artigo 7.º, assim redigido — «No caso de as autoridades de residência habitual serem competentes, em virtude do artigo precedente, a petição para a interdição poderá ser formulada pelas pessoas e *pelas causas admitidas simultâneamente pela lei nacional e pela lei da residência do estranjeiro*», — segundo o qual a interdição só pode ser decretada por uma causa admitida tanto pela lei nacional, emquanto lei pessoal, como pela lei local.

Qual dos três sistemas será juridicamente o mais rigoroso e qual será o aceitável em face da lei portuguesa?

O sistema puro da territorialidade só poderia fundar-se na consideração de que as causas de incapacidade estabelecidas pela lei de um país são de ordem pública a ponto de dever pôr-se de parte qualquer lei estranjeira que estabeleça causas diferentes.

Semelhante doutrina contrasta, porém, de tal forma com a doutrina corrente de que o estado e capacidade das pessoas são regulados pela lei pessoal, que não poderia admitir-se sem absurdo. Em verdade, se a lei pessoal é competente para reger a capacidade de exercício de direitos, é essa lei a naturalmente competente para determinar as causas de incapacidade, sempre que esta seja estabelecida para protecção do incapaz, já que a lei pessoal é uma lei de protecção individual, não se vendo em que possa, por exemplo, ser afectada a ordem pública em Portugal pelo facto de

(1) *Documents*, de 1904, págs. 120, 122, 237 e 266.
(2) *Actes*, de 1904, pág. 23.
(3) *Documents*, de 1904, pág. 120 e 195.
(4) *Actes*, de 1904, pág. 38.

um cego de nascença ou um ébrio crónico serem interditos pelos tribunais portugueses, se a lei do seu país, que é a sua lei de protecção pessoal, considerar a cegueira ou a embriaguez crónica como causas de inferioridade que justificam a interdição e exigem a protecção tutelar do cego ou do ébrio.

Não tem melhor defesa o sistema da concordância. Aparte o carácter de ordem pública das causas de interdição, êsse sistema tem sido baseado na impossibilidade de scindir, em semelhante matéria, a competência da lei da competência da autoridade para decretar a interdição e para organizar o respectivo regime tutelar, e na correlação que sempre existe entre uma causa de interdição e o correspondente regime tutelar. Semelhante razão não tem, porém, consistência alguma. Por um lado, compreende-se muito bem que as autoridades de um país possam decretar a interdição por uma causa diferente das estabelecidas na lei local, pois pode claramente o regime tutelar da lei estranjeira ser semelhante, e até igual, ao regime tutelar estabelecido pela lei local para as causas de interdição admitidas por esta lei. E, por outro lado, a razão provaria demais, pois, mesmo quando duas leis admitem a mesma causa de interdição, podem dar-lhe efeitos diferentes, e então a única doutrina lógica seria pôr completamente de lado a lei pessoal.

Sendo assim, o único sistema admissível é o sistema da personalidade. Deverá, pois, poder decretar-se a interdição *só* pelas causas da lei nacional, mas por *todas* essas causas. Só assim se respeitará o princípio de que a capacidade de exercício de direitos, emquanto se coordena com um estado absoluto relacionado com a situação física ou mental de uma pessoa, deve ser regulada pela sua lei pessoal (1).

Também pela lei pessoal se deverá medir a extensão e o grau de capacidade do interdito, isto é, determinar quais são os actos de cuja prática fica privado e o valor absoluto ou relativo da nulidade dos actos proïbidos, se, apesar disso, êle os praticar.

Cumpre observar que a citada convenção da Haia de

(1) Vide *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 48, n.os 1996 e 2.012, pág. 113 e 369.

1905 não aceitou esta doutrina em toda a sua extensão. Admitindo-a quando a interdição for decretada pelas autoridades nacionais, deixou de a sancionar quando a interdição for decretada pelas autoridades da residência habitual de um estranjeiro. Manda, em tal caso, medir a incapacidade pela lei local, como se vê do artigo 8.º, assim redigido: «Quando a interdição for decretada pelas autoridades da residência habitual, a administração da pessoa e dos bens do interdito será organizada em conformidade da lei local, e os efeitos da interdição serão regidos pela mesma lei» (1).

Esta solução, contudo, nem é teòricamente rigorosa, nem pode aceitar-se em face do nosso direito comum. Não é teòricamente rigorosa, pela razão simples de que contraria abertamente o princípio de que a capacidade de exercício de direitos deve ser regulada pela lei pessoal; não pode aceitar-se em face do nosso direito comum, pois os artigos 24.º e 27.º do Código civil e 12.º do Código comercial são terminantes em sujeitar a capacidade das pessoas à lei nacional (2).

3.º) *Casamento*. O casamento determina, em maior ou menor grau, a incapacidade de os cônjuges praticarem, um sem autorização ou outorga do outro, ou a generalidade dos actos jurídicos, como, entre nós, acontece em relação à mulher (Código civil, artigo 1193.º), ou certos e determinados actos, como sucede em relação ao marido (Código citado, artigo 1191.º).

É também claramente uma incapacidade de exercício de direitos.

Não sendo, porém, o seu fim a protecção do incapaz, mas a protecção da família (3), deve regê-la a mesma lei que, em geral, rege as relações entre os cônjuges.

Se marido e mulher tiverem a mesma nacionalidade, nenhuma dificuldade pode suscitar esta doutrina. Se, porêm, os cônjuges forem de diferente nacionalidade, dá-se um conflito de leis pessoais, que já estudámos, pronunciando-nos

(1) *Actes*, de 1904, pág. 34.
(2) Tudo que respeita à organização e sanções do regime tutelar do interdito será estudado no direito de família, na parte relativa às instituïções pupilares e quási pupilares.
(3) L. 1, pág. 436 e seg.

pela solução de que deve aplicar-se a lei nacional do marido, pela razão de que a incapacidade é estabelecida no interesse da família e de que êste interesse deve ser organizado em harmonia com a lei nacional do marido (1).

4.º) *Falência.* A declaração da falência opera a *interdição do falido* (Código do processo comercial, artigo 198.º) quanto aos bens abrangidos pela falência, os quais são subtraídos à sua administração e dos quais não pode dispor por actos entre vivos. A falência cria assim uma forma de *incapacidade,* e daí a necessidade de determinar a sua lei reguladora.

A doutrina tem hesitado a êsse respeito (2), mas, em nosso entender, a hesitação não tem grande razão de ser. A incapacidade do falido tem o seu fundamento na apreensão dos bens sujeitos ao processo da falência e representa uma garantia concedida aos credores. Sendo assim, não se trata, evidentemente, de uma incapacidade pessoal, fundada em qualquer qualidade também pessoal do falido, mas de um simples efeito da falência, devendo, por isso, reger a incapacidade do falido a mesma lei que regular a falência, cujo regime jurídico internacional estudaremos mais tarde. É a única solução lógica perante o critério, que seguimos, de que as incapacidades devem relacionar-se sempre com a causa que as produz. E, aceita esta solução, torna-se evidente que a incapacidade do falido terá ou não efeito internacional, segundo se reconhecer ou não êsse efeito à sentença declaratória da falência. O efeito incapacidade do falido deve ter o mesmo alcance que os outros efeitos da falência.

5.º) *Observação geral.* Não tivemos a pretensão de indicar todas as formas de incapacidade de exercício de direitos. Apontámos apenas as mais gerais. A par com essas, outras podem aparecer nas legislações. Vamos, por isso, formular o critério que, em nosso conceito, deverá seguir-se para, diante de qualquer incapacidade que tenha a natureza geral de uma incapacidade de exercício de direitos, se determinar a sua lei reguladora.

(1) Vide L. 1, pág. 463.
(2) Diena, *Trattato di diritto commerciale internazionale,* tomo III, pág. 525.

Deverá verificar-se, em primeiro lugar, se a incapacidade se funda numa qualidade da pessoa do incapaz, qualidade que se teve em atenção para o proteger mediante a mesma incapacidade, isto é, se se trata de uma *incapacidade de protecção do próprio incapaz,* para, em tal caso, subordinar normalmente a incapacidade à sua lei pessoal, que é a sua lei de protecção.

Se, porém, a causa da incapacidade não for a protecção do incapaz, mas uma causa que lhe seja estranha, à semelhança do que acontece com a incapacidade da mulher casada e com a incapacidade do falido, deverá determinar-se a lei competente em harmonia com essa causa, aplicando-a ou não, segundo for ou deixar de ser compatível com as leis locais de interesse e ordem pública.

Será segundo êste critério que deverá apreciar-se, por exemplo, a incapacidade dos *selvícolas,* estabelecida pelo artigo 6.º, n.º 11.º, do Código civil brasileiro, que os declara incapazes relativamente a certos actos. Semelhante incapacidade baseia-se claramente na incultura do selvícola, tem por fim a sua protecção e, por isso, deverá ser regulada pela lei nacional (1).

224 — Ao contrário do que acontece com a capacidade de gôzo de direitos, a *capacidade de exercício de direitos especiais* é regulada pela mesma lei que regula a capacidade geral de exercício de direitos.

Consideramos esta doutrina certa, tanto sob o ponto de vista teórico, como sob o ponto de vista do nosso direito positivo.

Sob o ponto de vista teórico, a razão de ser de uma capacidade ou incapacidade especial é a mesma que determina a capacidade ou incapacidade em geral e, por isso, a sua lei reguladora também deve ser a mesma. E assim: se a razão da incapacidade for a protecção das pessoas, será competente a sua lei nacional; e se a razão da incapacidade for o casamento, será competente a lei nacional do marido.

(1) Vide: Machado Villela, *O direito internacional privado no Código civil brasileiro,* pág. 69 e 70.

Não há, pois, razão, por exemplo, para submeter ao regime da lei da situação a capacidade para adquirir ou alienar bens imóveis.

A lei reguladora desta capacidade era para D'Argentré, como vimos (1), um *estatuto mixto*, estatuto a que êle dava carácter *territorial*, considerando, por isso, competente a lei do lugar da situação dos imóveis.

Semelhante doutrina tem sido seguida por alguns escritores, mais ou menos influenciados pelas doutrinas estatutárias, como são os representantes da doutrina anglo-americana (2), mas a grande maioria dos internacionalistas subordina a capacidade de actos jurídicos relativos aos direitos reais imobiliários à lei comum da capacidade, pela razão decisiva de que a *lex rei sitæ* deve limitar-se ao regime da organização da propriedade, com o qual nada tem a capacidade de praticar aqueles actos (3). Esta doutrina foi consagrada pelo Instituto de direito internacional na sessão de Madrid de 1911, votando a seguinte resolução: «A capacidade necessária para praticar actos jurídicos respeitantes aos direitos reais, tanto sôbre móveis como imóveis, deve ser regida pelas regras gerais em matéria de capacidade jurídica» (4).

Sob o ponto de vista do nosso direito positivo, a solução resulta claramente dos artigos 27.º e 24.º do Código civil.

O artigo 27.º manda, sem restrições, regular a capacidade dos estranjeiros pela sua lei nacional, o que já não permitiria que se aplicasse a *lex rei sitæ* para regular a capacidade de exercício a respeito dos direitos reais imobiliários.

Mas o artigo 24.º, declarando que os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro estão sujeitos à lei portuguesa quanto á sua *capacidade civil*, quânto ao seu estado e quanto à *propriedade imobiliária sita no país*, mostra claramente que o legislador separou nitidamente o regime da capacidade do regime da propriedade, e, portanto, se à capacidade de portugueses se deve aplicar sem restrições a lei portuguesa, à capacidade de estranjeiros deve também aplicar-se sem restrições a lei do seu país (1).

(1) L. 1, pág. 308 e 309.
(2) Vide Dicey, *Conflicts of laws*, pág. 500 e 501; Diena, *I diritti reali* etc., pág. 97.
(3) Diena, ob. cit., n.º 32, pág. 96, nota (1).
(4) *Annuaire* cit., vol. XXIV, pág. 394 e 395.

Contudo, se é esta a doutrina rigorosa e aquela que os tribunais portugueses deverão aplicar normalmente, parece-nos justo que, na hipótese de um incapaz estranjeiro haver usado de dolo ou má fé para disfarçar a sua incapacidade, o contrato não deverá ser anulado por incapacidade, se esta não existir segundo a lei portuguesa, devendo aplicar-se, por legítima analogia, o artigo 299.º, n.º 2.º, do Código civil (2).

225 — Algumas legislações, designadamente o código geral dos bens do Montenegro (artigo 788.º), a lei de introdução do código civil alemão (artigo 7.º), a lei japonesa (artigo 3.º), o código civil suíço (Tit. fil., artigo 59.º, alínea 2.ª), o código suíço das obrigações (artigo 822.º), a lei cambiária alemã (artigo 84.º), a lei cambiária escandinava, de 7 de maio de 1880 (artigo 84.º), e a lei cambiária brasileira, de 31 de dezembro de 1908 (artigo 42.º, § único), consagram a chamada *teoria do favor negotii*, segundo a qual o estranjeiro incapaz segundo a sua lei nacional é reputado capaz quanto aos actos jurídicos praticados no país, se for capaz segundo a lei local. A lei alemã, a lei japonesa e o código civil suíço exceptuam, porém, de semelhante preceito os actos jurídicos relativos ao direito de família, às sucessões e à disposição de imóveis sitos no estranjeiro (3).

A teoria do *favor negotii* tem tido também os seus defensores doutrinais, como Valette (4), Demolombe (5) e Demangeat (6), os quais a têm baseado, quer na necessidade de defender o interesse dos nacionais, quer na necessidade de dar estabilidade aos actos jurídicos, e, por isso, cumpre

(1) Vide Dr. Teixeira de Abreu, *Relações civis internacionais*, n.º 33.
(2) Vide Von Bar, ob. cit., n.º 145; Infra, n.º 226.
(3) A teoria do *favor negotii*, embora sob uma forma diferente da seguida pelas leis citadas no texto, também é sancionada pelo código civil austríaco, o qual, submetendo em geral a capacidade dos estranjeiros à lei do seu domicílio (artigo 34.º), dispõe que a sua capacidade, quanto às obrigações unilaterais contraídas na Austria, será regulada pela lei mais favorável à validade da obrigação e, quanto às obrigações sinalagmáticas, pela lei austríaca (artigos 35.º e 36.º).
(4) *Sur Proudhon, Etat des persones*, 1, pág. 85 e seg.
(5) *Cours de code Napoléon*, 1, pág. 117.
(6) *Histoire de la condition civile des étrangers*, pág. 373.

analisar o seu valor doutrinal e a sua sorte em face do direito português.

Teòricamente, a doutrina parece-nos inteiramente insustentável.

Em primeiro lugar, contraria toda a evolução do direito internacional privado, que sempre atribuiu carácter pessoal e exterritorial às leis reguladoras da capacidade de exercício de direitos, e é certo que a teoria do *favor negotii* substitui à lei de capacidade pessoal a lei de capacidade territorial.

Em segundo lugar, é evidentemente contraditório declarar competente para reger a capacidade a lei pessoal do indivíduo e, ao mesmo tempo, afastar a aplicação dessa lei, para aplicar a lei local, aos actos praticados no país, não por uma razão de ordem pública, mas simplesmente porque essa lei é diferente da lei local, pois não pode negar-se que, mandando aplicar uma lei estranjeira, o legislador deve ter por certo em vista, principalmente, os actos praticados no seu país e que, se tem valor e interesse a aplicação das leis estranjeiras, é claramente naquilo que elas têm de diferente das leis nacionais, e não naquilo que têm de igual, aliás não teria razão de ser o problema dos conflitos de leis.

Por estas razões, a substituïção da lei de capacidade estranjeira pela lei de capacidade local só será legítima quando se baseie numa razão de interesse e ordem pública, hipótese de que em breve trataremos (1).

Em face do direito português, a teoria é igualmente inaceitável. O artigo 27.º do Código civil e o artigo 12.º do Código comercial mandam regular a capacidade do estranjeiro pela sua lei nacional, sem outra restrição que não seja a de se opor às leis portuguesas de interesse e ordem pública, o que exclui a doutrina de se afastar a aplicação da lei estranjeira de capacidade simplesmente por ser diferente da lei portuguesa, pois, nunca é demais repeti-lo, o legislador mandou aplicar a lei estranjeira exactamente por ela poder ser diferente da lei portuguesa e teve seguramente em vista, sobretudo, os actos praticados pelos estranjeiros em

(1) Vide: Pillet, *Principes*, n.º 162 e notas; Weiss, ob. cit., pág. 144 e seg; Despagnet, ob. cit., n.º 232; Surville et Arthuys, ob. cit., n.º 151; Audinet, ob. cit., pág. 323; Bartin, ob. cit., pág. 194; Valery, ob. cit., n.º 595 e seg.; Diena, *Diritto internazionale privato*, pág. 95.

Portugal, como claramente se vê do artigo 26.º do Código civil. Contudo, como já notámos (1) e como melhor veremos no número seguinte, se o incapaz, segundo uma lei estranjeira, usar de dolo para se fazer passar por maior e puder considerar-se capaz segundo a lei portuguesa, não deverá o contrato ser anulado por incapacidade, pois isso seria o prémio de uma imoralidade (2).

226 — Como acontece com todas as leis estranjeiras, a lei reguladora da capacidade de exercício de direitos tem a limitar a sua aplicação as leis de ordem pública internacional. Por isso, uma vez assente que a lei normalmente competente para regular aquela capacidade é certa lei estranjeira, importa verificar se à sua aplicação se opõe ou não alguma lei portuguesa considerada de ordem pública internacional.

Não será de reconhecer, por exemplo, a incapacidade, que a legislação de alguns estados monarquicos estabelece, de os membros da família reinante praticarem certos actos sem autorização do rei. Semelhante incapacidade, que não tem por fim a protecção do incapaz, mas simplesmente a defesa dos interesses dinásticos, e que, por isso, teria de ser regulada pela lei do país com cujas instituïções políticas se relaciona, representaria uma privação de direitos por motivos meramente políticos, pelo que não poderá ser atendida num país onde nem a condenação penal pode ser razão do não exercício de direitos privados (3).

Outra limitação, e essa mais importante, é a que deriva do artigo 299.º do Código civil. No artigo dispõe-se: «Os actos praticados pelo menor sem a devida autorização são nulos..., mas não poderá o dito menor valer-se desta nulidade nos casos seguintes: 1.º nas obrigações que tiver contraído sôbre coisas de arte ou profissão em que seja

(1) Supra, pág. 29.

(2) Sem aceitarmos a teoria do *favor negotii*, nem mesmo a doutrina da jurisprudência francesa, que não reconhece a incapacidade estabelecida por uma lei estranjeira quanto às obrigações contraídas em França, se o contratante capaz não puder ser acusado de negligência ou de imprudência (Pillet, *Principes*, pág. 340, nota 2), doutrina que Von Bar tem por correcta a ponto de a considerar a doutrina do futuro (ob. cit., § 142), entendemos que o contratante de boa fé não pode ficar à mercê dos intentos fraudulentos do outro contratante.

(3) Weiss, *Traité*, III, pág. 437 e 438.

perito; 2.° se tiver usado de fraude para se fazer passar por maior. § único. A simples declaração, ou inculca de maioridade, ou de emancipação, não é suficiente para, neste caso, caracterizar o dolo».

As duas excepções estabelecidas por êste artigo à regra de que são nulos os actos praticados por menores sem a devida autorização, assentam, fundamentalmente, numa razão de *ordem moral*, pois seria desonesto permitir a anulação por incapacidade de actos relativos a arte ou profissão em que o menor é perito, e mais desonesto ainda seria que o menor usasse de dolo para se fazer passar por maior e depois pretendesse anular o acto por virtude da sua menoridade. Mas, se a permissão seria desonesta quanto a menores portugueses, desonesta seria também quanto a menores estranjeiros, e, por isso, o preceito pertence ao número daqueles que, por uma razão moral, deve ser aplicado a nacionais e a estranjeiros (1).

E ainda de ordem pública deverá considerar-se o artigo 297.°, que declara que os menores não gozam do privilégio de *restituïção por inteiro*, que era admitida pelo antigo direito para a rescisão de actos válidos que pudessem lesar os menores e por virtude da qual cada uma das partes devia repor tudo o que tinha recebido da outra, com seus rendimentos e acessões, e reembolsar as despesas necessárias e úteis (2). Semelhante instituïção foi abolida por uma razão de interesse social (3), e já por isso o preceito deveria aplicar-se tanto a estranjeiros como a nacionais. Além disso, deixando de ser uma instituïção reconhecida pelo direito português, dá-se a seu respeito um conflito de instituïções de que falámos em outro lugar (4).

227 — A capacidade de exercício de direitos pode ser suprimida ou limitada por sentenças penais ou civis estranjeiras e, por isso, importa saber o valor que deve atribuir-se a semelhantes sentenças.

(1) Bartin, ob. cit., pág. 195; Valery, ob. cit., n.°s 596 e seg.
(2) Coelho da Rocha, *Instituições*, §§ 385, 386 e 390.
(3) Dias Ferreira, *Código civil português anotado*, vol. I, pág. 52 e 53.
(4) L. I, n.° 179. A doutrina adoptada no texto acêrca do carácter da *restitutio in integrum* não é seguida por todos os escritores, sustentando doutrina contrária, por exemplo, Von Bar, o qual procura demonstrar que a restituïção por inteiro deve ser regulada pela lei da relação jurídica a respeito da qual é pedida (Ob. cit., n.° 154).

As sentenças penais estranjeiras que firam o condenado de uma incapacidade de exercício de direitos não podem produzir em Portugal efeito algum. As razões de decidir são as acima apontadas (1).

Mas, quanto a esta forma de incapacidade, a sentença penal estranjeira nem ao menos pode ter valor como *documento*, para, provando o mau procedimento do condenado, concorrer para o privar do exercício de um direito privado, pela razão simples de que, segundo o nosso actual direito, a sentença penal condenatória, se ainda pode privar o condenado do gôzo de certos direitos privados, nunca o pode privar da capacidade de exercício pessoal de qualquer direito.

As sentenças cíveis estranjeiras que interditem total ou parcialmente um indivíduo da capacidade de exercício de direitos privados podem produzir efeitos em Portugal, nos termos gerais de direito, isto é, depois de revistas e confirmadas pelas Relações, em harmonia com o que acima deixámos dito (2). Recordaremos apenas neste lugar: 1.°) que as sentenças de interdição proferidas pelos tribunais dos Estados onde está em vigor a convenção da Haia de 17 de julho de 1905 não estão sujeitas a confirmação relativamente a incapacidade e à tutela do interdito, assim como o não estão as sentenças de levantamento da interdição (artigo 9.° e 12.°); 2.°) que, quando a sentença esteja sujeita a revisão e confirmação e o interdito seja um cidadão português, a Relação deve verificar se havia causa de interdição segundo a lei portuguesa, aliás terá de negar a confirmação à sentença (Código de processo civil, artigo 1088.°, § 1.°, n.° 6.°).

228 — Para verificar o estado e, portanto, a capacidade das pessoas, tem de recorrer-se muitas vezes a uma certidão dos actos do registo do estado civil e, por isso, é êste o lugar próprio para traçar as linhas gerais do regime jurídico internacional dos mesmos actos.

Êste regime respeita à *competência* para exarar os actos

(1) Supra, n.° 222.
(2) L. I, n.° 201.

do registo, à *forma* que êsses actos devem revestir, ao seu *carácter* obrigatório ou facultativo, às *declarações* que devem conter, e à *troca internacional* dos mesmos actos. E, para proceder com a necessária clareza, consideraremos separadamente as duas hipóteses que mais interesse prático podem oferecer, e que respeitam ao regime dos actos de estado civil de portugueses em país estranjeiro e ao regime dos actos do estado civil de estranjeiros em Portugal.

I — *Portugueses em país estranjeiro.* A) *Competência.* O registo dos factos do estado civil — nascimentos, casamentos, óbitos, legitimações e perfilhações e respectivos averbamentos — de portugueses em país estranjeiro pode ser feito quer pelos cônsules portugueses, quer pelas autoridades locais.

a) *Cônsules.* A competência dos cônsules como *oficiais do registo civil* é estabelecida pelo regulamento consular de 7 de março de 1920 (artigo 108.º e seg.) e pelo código do registo civil (artigo 34.º, n.º 1.º, e 41.º).

Qual, porém, a amplitude desta competência?

A competência dos cônsules deve ser considerada sob o duplo ponto de vista das *pessoas* a respeito das quais podem praticar actos de registo do estado civil, e sob o ponto de vista das *condições* em que podem praticar êsses actos.

1.º) *Pessoas.* Quanto às *pessoas*, definem a competência dos cônsules os artigos 108.º e 109.º do regulamento consular, nestes termos: «Artigo 108.º Os cônsules e vice-cônsules de Portugal exercem as funções de oficiais do registo civil dos portugueses residentes ou que ocasionalmente se encontram em país estranjeiro. Artigo 109.º O registo civil abrange, nos consulados e vice-consulados: 1.º) os nascimentos de portugueses ocorridos no estranjeiro; 2.º) os casamentos contraídos no estranjeiro por dois portugueses ou por um estranjeiro e um português que conserve a sua nacionalidade; 3.º) os óbitos de portugueses ocorridos no estranjeiro; 4.º) os reconhecimentos e legitimações dos filhos e, em geral, todos os actos de registo civil e respectivas menções, concernentes a cidadãos portugueses, a que êsse regulamento se refere».

As fórmulas legais precisam, porém, de esclarecimentos, por isso que o seu *sentido* não coresponde à sua *letra*.

Consideraremos por isso os diferentes actos do registo.

α) *Registo de nascimentos.* O artigo 109.º do regulamento consular menciona, em primeiro lugar, — *os nascimentos de portugueses ocorridos no estranjeiro.*

Quem são, porém, estes portugueses nascidos em país estranjeiro?

Rigorosamente, dos indivíduos nascidos em país estranjeiro, apenas nascem portugueses os filhos de pais portugueses que aí residam ao serviço de Portugal (Regulamento de 23 de setembro de 1911, artigo 51.º, § 3.º, n.º 5.º), pois que, em geral, os filhos de portugueses nascidos em país estranjeiro apenas são portugueses se optarem pela nacionalidade portuguesa (Código civil, artigo 18.º, n.º 3.º), e, por isso, podia parecer que o cônsul só pode registar o nascimento dos filhos de portugueses que residam no estranjeiro ao serviço de Portugal ou daqueles a respeito dos quais se tenha dado a opção pela nacionalidade portuguesa.

O pensamento do legislador foi, porém, outro. Quis referir-se a *todos* os filhos de portugueses, quer sejam filhos de indivíduos que residam ao serviço de Portugal, quer sejam aqueles que apenas possam ser portugueses mediante opção.

Assim resulta do artigo 142.º do regulamento consular, onde se lê a disposição de que «a inscrição de um assento de nascimento no registo consular, feita em presença dos pais do recemnascido, supre a declaração de nacionalidade prevista no artigo 18.º, n.º 3.º, do Código civil», disposição que mostra claramente que os cônsules podem registar o nascimento de filhos de pais portugueses que precisam da opção de nacionalidade e antes que esta seja feita, já que o registo equivale à declaração de nacionalidade.

β) *Registo de casamentos.* Em segundo lugar, diz o artigo 109.º do regulamento consular que o registo civil abrange — *os casamentos contraídos no estranjeiro por dois portugueses ou por um estranjeiro e um português que conserve a sua nacionalidade.*

Êste preceito foi transcrito do artigo 41.º, n.º 2.º, do Código do registo civil.

Contudo, no artigo 144.º, § 2.º, transcreveu o regulamento o preceito do § 2.º do artigo 58.º do decreto n.º 1

de 25 de dezembro de 1910, determinando que, se ambos os contraentes forem portugueses, poderão casar, pela forma da lei nacional, perante o agente diplomático ou consular de Portugal.

E ainda o mesmo regulamento, à semelhança do que dispunha o artigo 59.º do regulamento consular anterior, de 24 de dezembro de 1903, determinou no artigo 145.º: «Os funcionários consulares e os agentes diplomáticos que exercem funções consulares têm competência para celebrar casamentos entre portugueses ou entre português e mulher estranjeira, salvo, neste último caso, se a isso se opuser a lei local».

Há clara divergência entre o artigo 109.º, n.º 2.º, o artigo 144.º, § 2.º, e o artigo 145.º do regulamento consular, os quais traduzem três sistemas diversos acêrca da competência dos cônsules para celebrar casamentos: o sistema de *ambos* os contraentes serem portugueses (artigo 144.º, § 2.º); o sistema de ser português o *marido* (artigo 145.º); e o sistema de *o cônjuge português conservar a nacionalidade* (artigo 109.º, n.º 2.º), o que em regra acontece quando o marido é português, mas que também pode acontecer no caso de uma portuguesa casar com um cidadão de um país cuja lei não atribui à mulher estranjeira que case com um súbdito do país a nacionalidade do marido (Código civil, artigo 22.º, n.º 4.º), o que se dá, por exemplo, com a lei brasileira e com a lei argentina (1).

É evidente que o autor do regulamento não podia querer adoptar ao mesmo tempo os três sistemas e, por isso, importa saber qual foi o sistema que êle sancionou.

Entendemos que foi o sistema que informa o artigo 145.º, isto é, o sistema de ser português o marido: 1.º) porque foi nesse artigo que o regulamento consignou *ex professo* a *competência matrimonial* dos agentes diplomáticos; 2.º) porque as disposições em que o regulamento *disciplina* a hipótese de casamento diplomático ou consular entre portugueses e estranjeiros são referidas ao caso de o marido ser português e a mulher portuguesa ou estranjeira (artigo 149.º e 150.º, § 4.º).

(1) L. 1, pág. 109 e 110 nota (1).

7) *Registo de óbitos.* Segundo o artigo 109.º, o registo civil consular abrange, em terceiro lugar, *os óbitos de portugueses ocoridos no estranjeiro.* Também aqui a letra da lei não corresponde inteiramente ao seu sentido: 1.º) porque os cônsules podem, e devem, registar o óbito de filhos de portugueses falecidos antes de efectuado o registo do nascimento (regul., artigo 130.º) e, portanto, de indivíduos que, em regra, nem eram nem já podiam ser portugueses; 2.º) porque devem *transcrever* o registo do óbito de indivíduos que faleçam a bôrdo de navios portugueses, quando estes, antes de entrarem em qualquer pôrto nacional, entrem em algum pôrto estranjeiro em que haja cônsul português (Código civil, artigo 2.471.º, 2.472.º e 2.487.º; código do registo civil, artigo 153.º, 154.º, 156.º e 279.º; regul. cons., artigo 177.º).

8) *Registo de legitimações e perfilhações.* Por último, determina o artigo 109.º que o registo civil consular compreende os reconhecimentos e legitimações dos filhos e, em geral, todos os actos de registo civil e respectivas menções, concernentes a cidadãos portugueses.

Êste preceito do regulamento deve ser entendido no sentido, que é o único exacto, de que o legislador quis referir-se aos filhos de pais portugueses e que portugueses são ou podem ser. É a única interpretação que condiz com a doutrina que estabelecemos acêrca do registo de nascimentos.

2.º) *Condições.* Diz o artigo 109.º do regulamento consular que os cônsules exercem as funções de oficiais do registo civil dos portugueses *residentes* ou que *ocasionalmente* se encontrem em país estranjeiro.

Da letra da lei parece assim resultar que a *residência* ou a simples *passagem* são os elementos determinativos da competência dos cônsules para a prática de actos do registo civil relativamente a portugueses.

Esta doutrina é incontestàvelmente exacta a respeito do registo dos nascimentos, dos óbitos e das legitimações e perfilhações, por isso que nem o regulamento consular nem o código do registo civil exigem mais que a *simples presença* do interessado na circunscrição do oficial do registo civil, para que êste possa praticar os respectivos actos.

Quanto ao registo de casamentos, a competência dos cônsules depende, porém, de o marido, ou a mulher quando portuguesa, ter *domicílio* ou *residência* contínua durante um mês no distrito consular (regulamento, artigo 149.º) (1).

b) *Autoridades locais.* Até à publicação do regulamento consular de 1920, nenhum artigo de lei reconhecia de *modo geral e directo* às autoridades locais estranjeiras competência para a prática dos actos de registo do estado civil de cidadãos portugueses, embora essa competência fôsse reconhecida expressa e directamente a respeito do casamento (decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, artigo 58.º; código do registo civil, artigo 242.º) e fôsse reconhecida indirectamente a respeito dos outros factos sujeitos ao registo do estado civil (Código civil, artigo 24.º, 2.ª parte; código do registo civil, artigo 38.º e 40.º).

Hoje, porém, a competência das autoridades estranjeiras é expressa e directamente reconhecida a respeito do registo de nascimentos, casamentos e óbitos (artigos 144.º, 169.º, 178.º e 179.º), devendo entender-se o mesmo a respeito das legitimações e perfilhações, em virtude da *associação* que as nossas leis sempre estabelecem entre estes e os demais actos do registo civil.

B) *Forma.* A forma dos actos de registo obedece às regras gerais.

Se os actos forem praticados pelos cônsules, a forma é a da lei portuguesa, quer da lei portuguesa geral, que se contém no código de registo civil e da sua legislação complementar, quer das leis especiais que sejam feitas para os consulados.

(1) Segundo a letra do artigo 149.º do regulamento consular, a competência matrimonial dos cônsules dependeria de o *marido* ter domicílio ou residência no distrito consular, e, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, aquela competência apenas dependeria de *qualquer dos nubentes* ai ter domicílio ou residência. A contradição resultou de o corpo do artigo ter sido transcrito do corpo do artigo 59.º do regulamento consular de 1903, e o § único ter sido transcrito do artigo 187.º do código do registo civil, sem que o compilador tivesse o cuidado de apenas extratar do código do registo civil o que era compatível com a competência consular, para o que bastava atender ao disposto no § 1.º do artigo 59.º do regulamento de 1903, onde se estabelecia que, no caso de ambos os contraentes serem portugueses, era competente o cônsul do domicílio ou residência de qualquer dos cônjuges. E é esta a doutrina que, apesar da letra do § único do artigo 149.º do actual regulamento consular, ainda consideramos exacta, pela razão simples de que a competência dos cônsules portugueses para celebrar o casamento entre um português e uma estranjeira não pode ser determinada por uma condição que apenas respeita ao cônjuge estranjeiro.

Se os actos de registo forem praticados pelas autoridades locais estranjeiras, a forma será a da lei do lugar da celebração.

Aplica-se sempre a lei que regula a função. Nem podia ser de outro modo. Os funcionários públicos devem naturalmente exercer as suas funções na forma da lei do Estado que os investe no exercício das suas atribuïções (1).

C) *Carácter.* O legislador português não podia certamente tornar *obrigatório* o registo pelas autoridades estranjeiras dos factos relativos ao estado civil de cidadãos portugueses, pela razão simples de que não teria meio de tornar efectiva essa obrigação. Êsse registo não poderá ser obrigatório senão até onde assim o estabelecer a lei do Estado onde aqueles factos se produzirem.

Mas será ao menos obrigatório o registo consular ou diplomático?

É claro que esta obrigatoriedade não poderia estabelecer-se a respeito do casamento e da perfilhação ou legitimação, os quais, como actos de vontade, o legislador não pode razoàvelmente mandar praticar neste ou naquele país.

A questão limita-se assim aos nascimentos e aos óbitos.

Quanto aos nascimentos, o regulamento consular parece torná-lo obrigatório, pois diz, no artigo 123.º, que o registo do nascimento deve ser feito dentro dos trinta dias posteriores ao nascimento, sendo a fórmula *deve ser feito* claramente imperativa.

Contudo, nenhuma sanção se estabelece para êste preceito e, por isso, o seu imperativo deixa de ter valor.

Também o artigo 171.º do regulamento torna claramente obrigatório o registo dos óbitos, pois dispõe: «O registo do óbito deve ser precedido de declaração apresentada ao funcionário consular e feita imediatamente após o falecimento, ou num prazo de tempo nunca excedente a vinte e quatro horas...». Esta disposição é sem dúvida imperativa, mas, como não é acompanhada de qualquer sanção, depende afinal a declaração dos óbitos ao funcionário consular da mera devoção dos parentes ou vizinhos do falecido.

(1) Von Bar, ob. cit., § 389.

D) *Declarações.* No acto do registo importa distinguir as *declarações formais* tendentes a verificar o facto que se pretende constatar, as quais são reguladas pela lei do país a que pertence o funcionário do registo, e as *declarações-actos jurídicos*, como a legitimação e a perfilhação, as quais estão naturalmente sujeitas à lei que regula o direito que por tais declarações se pode constituir. Assim, a declaração de paternidade, maternidade ou avoenga (código do registo civil, artigo 160.º; reg. cons., artigo 131.º) só deverá fazer-se, se a lei do filho ou do neto e a lei do pai, ou da mãe e do avô ou da avó a permitir, e nos termos em que essas leis a admitirem, em harmonia com o que temos dito acêrca da lei reguladora das relações de família e acêrca da resolução dos conflitos das leis pessoais (1).

E) *Troca internacional dos actos do registo.* A troca internacional dos actos de registo só poderá tornar-se efectiva mediante tratados ou mediante leis internas uniformes nesse sentido, se forem cumpridas.

Nas relações de Portugal com as potências, se exceptuarmos as convenções consulares, onde sempre aparece um preceito impondo às autoridades locais a obrigação de participarem ao respectivo cônsul o falecimento de algum súbdito do seu país, para o efeito da liquidação da herança por êle deixada (2), apenas existe a convenção da Haia de 12 de junho de 1902, relativa às condições de validade do casamento, cujo artigo 5.º, alínea 4.ª, manda transmitir às autoridades nacionais do país de cada um dos cônjuges uma cópia autêntica do assento do casamento.

II—*Estranjeiros em Portugal.* a) *Competência.* Como acontece com os portugueses em país estranjeiro, o registo do estado civil de estranjeiros em Portugal pode ser feito quer pelas autoridades portuguesas, quer pelos cônsules do seu país. Vejamos em que termos.

1.º) *Autoridades portuguesas.* O Código do registo

(1) L. I, pág. 436 e seg., e 449 e seg.

(2) Vide, por exemplo, as convenções consulares: com a França, de 11 de julho de 1866 (*Nova colecção de tratados*, II, pág. 207), artigo 8.º; com a Itália, de 30 de setembro de 1868 (*Colecção* cit., III, pág. 111), artigo 9.º; e com a Espanha, de 21 de fevereiro de 1870 (*Colecção* cit., III, pág. 159), artigo 19.º.

civil impõe aos funcionários do registo a obrigação de inscreverem nos respectivos livros: 1.º) os nascimentos ocorridos em território português (código do registo civil, artigo 40.º, n.º 1.º); 2.º) os casamentos que se celebrarem em território português (artigo citado, n.º 3.º); 3.º) os casamentos de estranjeiros, quando os contraentes estejam domiciliados ou venham domiciliar-se em Portugal (artigo citado, n.º 6.º); 4.º) os óbitos ocorridos em território português (artigo citado, n.º 8.º); 5.º) em geral, todos os actos de registo civil e respectivas menções, concernentes a quaisquer pessoas quando ocorridos dentro do território da República (artigo citado, n.º 11.º).

As fórmulas genéricas «ocorridos em território português» e «concernentes a quaisquer pessoas quando ocorridos dentro do território da República» e a fórmula «casamentos de estranjeiros», não deixam dúvidas de que os funcionários do registo civil podem praticar quaisquer actos de registo relativos a estranjeiros. Os termos podem ser diferentes dos do registo respeitante a portugueses, mas a competência é certa.

2.º) *Cônsules.* Nenhuma lei interna portuguesa reconhece a competência dos cônsules estranjeiros para praticarem em Portugal actos do registo civil.

Essa competência também não é, em regra, estabelecida nas convenções consulares.

Aparece, porém, já na convenção consular com a Holanda, de 1 de dezembro de 1880 (1), cujo artigo 15.º dispõe: «Os cônsules gerais, cônsules, vice-cônsules e agentes consulares terão o direito de receberem, em conformidade com as leis e regulamentos do seu país, os actos do nascimento, casamento e óbito dos seus nacionais. As cópias dêstes actos, devidamente legalizadas por alguns dêsses funcionários, e munidas do seu sêlo oficial, farão fé em juízo perante os tribunais de Portugal e dos Países Baixos. Fica bem entendido que os funcionários supracitados não têm qualidade para casarem legitimamente uma pessoa que pertença pela sua nacionalidade ao Estado onde êles residem».

E também no artigo 6.º da convenção da Haia de 12 de

(1) *Nova colecção de tratados*, VI, pág. 115.

junho de 1902, relativa ao casamento, se determina: «Será em toda a parte reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contraentes for nacional do Estado em que o casamento tiver sido celebrado, e se êsse Estado a tal se não opuser. Não poderá opor-se-lhe, tratando-se de casamento que, em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, for contrário às suas leis».

Fora, porém, dos casos, como estes, em que haja convenção expressa, terão ou não os cônsules estranjeiros competência para a prática dos actos do registo civil?

Entendemos que sim: 1.º) porque, se é certo que nem o código do registo civil nem o decreto de 25 de dezembro de 1910 reconhecem aquela competência, certo é também que tais diplomas sancionaram a prática, seguida por muitos Estados, de admitir o registo civil diplomático ou consular dos nacionais e, por isso, deve entender-se que reconheceram o registo civil diplomático ou consular dos estranjeiros; 2.º) não podia o nosso legislador desconhecer o princípio de reciprocidade em que assenta o sistema das relações jurídicas entre os Estados civilizados e, por tal motivo, conferindo competência aos agentes diplomáticos e consulares portugueses para a prática de actos do registo civil, implicitamente reconheceu aos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros a faculdade de praticar actos de registo civil em Portugal, se a legislação do seu país lhes atribuir essa faculdade (1).

b) *Forma e carácter.* A *forma* dos actos do registo civil é regulada, pela razão já dita, pela lei do Estado a que pertence o funcionário que os pratica.

Quanto ao *carácter*, é claro que a lei portuguesa nada podia estabelecer, nem estabelece, acêrca da obrigação de os cônsules estranjeiros praticarem actos de registo dos seus nacionais. Depende isso da lei do país representado pelos cônsules.

O registo civil dos factos respeitantes a estranjeiros

(1) A doutrina seguida no texto suscita algumas dificuldades quanto ao casamento. Delas nos ocuparemos, porém, ao estudar o regime jurídico internacional do casamento.

perante a autoridade portuguesa será, porém, obrigatório ou será facultativo?

Como dissemos a respeito dos portugueses em país estranjeiro, esta questão não existe relativamente ao casamento, à legitimação e à perfilhação. São actos de vontade que o indivíduo pode ou não praticar em Portugal.

Restrita a questão aos nascimentos e aos óbitos, vejamos qual será a doutrina a seu respeito.

Não há dúvida nenhuma de que tanto o registo do nascimento como o registo do óbito são estabelecidos com carácter obrigatório.

Quanto ao nascimento, são terminantes os artigos 121.º, 123.º e 129.º do código do registo civil, que impõem a determinadas pessoas o dever de fazer a declaração de nascimento e mandam punir com multa aqueles que não façam tal declaração; quanto ao óbito, são igualmente terminantes os artigos 246.º, 247.º e 248.º daquele código, os quais tornam obrigatória a declaração de falecimento, tendo esta obrigação a sanção da pêna de multa estabelecida pelo artigo 347.º do mesmo código.

Estas disposições são evidentemente aplicáveis aos estranjeiros em geral, os quais têm em Portugal as mesmas obrigações que os cidadãos portugueses (Código civil, artigo 26.º). E só deixarão de o ser se alguma lei especial, ou algum tratado, disso os desobrigar. Lei especial não existe, porém, e convenção não existe nem deve existir. Não existe, pois a própria convenção consular com a Holanda limita-se a reconhecer a competência dos cônsules como funcionários do registo civil, não isentando os nacionais dos cônsules de promover o registo perante as autoridades locais quando êsse registo seja obrigatório. E não deve existir, quanto aos nascimentos, por serem portugueses os indivíduos que nascem em Portugal, por se lhes permitir que, quando seus pais ou tutores declarem, durante a sua menoridade, que não querem que êles sigam a nacionalidade portuguesa, façam, quando maiores ou emancipados, uma contra-declaração no sentido de ficarem sendo portugueses (Código civil, artigo 18.º, n.º 2.º e § 1.º) e não deixar de haver registo de nascimento em Portugal de indivíduos que são ou podem ser, em qualquer tempo, cidadãos portugueses; e, quanto aos óbitos,

pela necessidade do cumprimento das prescrições de higiene pública que respeitam aos enterramentos, e até pelas exigências da investigação criminal, quando a morte resultar de um crime, o que tudo atribui ao registo dos óbitos um claro carácter de ordem pública e aos oficiais do registo uma função de fiscalização que deve abranger tanto nacionais como estranjeiros (código do registo civil, artigo 255.°, 256.°, 259.° e 260.°).

c) *Declarações.* Sôbre declarações formais e declarações-actos jurídicos, tem aplicação tudo que dissemos a respeito dos portugueses em país estranjeiro. Neste momento, apenas faremos algumas observações quanto às declarações-actos jurídicos que podem ser feitas nos assentos de nascimento e de casamento.

Notaremos, em primeiro lugar, que o reconhecimento de um filho nos assentos de nascimento e de casamento é um *meio* e não *forma* de reconhecimento e, por isso, para decidir acêrca da sua permissão, deverá atender-se simultâneamente à lei nacional do pai e à lei nacional do filho (1).

A esta doutrina deverá, porém, estabelecer-se uma limitação. O oficial do registo deverá observar sempre o disposto no § 1.° do artigo 23.° do decreto n.° 2, de 25 de dezembro de 1910, quanto à proïbição do reconhecimento de filhos adulterinos no registo do nascimento e quanto ao *carácter secreto* que deve conservar o averbamento em que se faça o reconhecimento.

Semelhante preceito funda-se numa razão de moralidade, que o torna aplicável a nacionais e a estranjeiros.

d) *Troca internacional dos actos do registo.* Em relação aos Estados signatários da convenção da Haia de 1902 sôbre o casamento, devem os oficiais do registo civil promover a comunicação, pela via diplomática, das cópias autênticas dos assentos do casamento, como acima se disse.

Fora disso, os funcionários do registo civil ainda devem promover a comunicação internacional dos óbitos, nos termos do artigo 262.° do código do registo civil, assim redigido: «Em caso de óbito de um estranjeiro, o funcionário, no prazo de cinco dias, mandará um boletim ao conservador

(1) L. 1, n.° 136.

respectivo, que em igual prazo o fará chegar à conservatória geral no ministério da justiça, donde seguirá, pelos trâmites diplomáticos, para a legação competente».

Nenhum outro preceito existe no nosso direito acêrca da comunicação internacional dos actos do registo civil.

229 — Sem influir pròpriamente na capacidade das pessoas, o domicílio fixa o lugar do exercício de direitos e do cumprimento de obrigações (Código civil, artigo 40.°), ainda dos que derivam do estado das mesmas pessoas e, por isso, torna-se necessário determinar por que lei há de regular-se o domicílio nas relações internacionais, certo, como é, que as legislações, embora mais ou menos semelhantes sôbre a determinação do domicílio, oferecem, em todo o caso, divergências sôbre as condições de adquisição e mudança do domicílio e sôbre os casos de domicílio legal.

Diversos têm sido os sistemas formulados pelos escritores sôbre a determinação daquela lei; uns, como Fiore (1) e Brocher (2), decidem-se pela lei do lugar onde o indivíduo tem a sua residência, doutrina seguida pelo tratado de Montevideo sôbre direito civil (artigo 5.°); outros, como Despagnet (3), distinguem entre a hipótese de se pretender determinar se o estranjeiro está domiciliado no país em que se levanta a questão, caso em que atribuem competência à *lex fori,* e a hipótese de se querer averiguar se êle está domiciliado num terceiro Estado, e então declaram aplicável a lei nacional; outros, como Loiseau (4), consideram o domicílio um facto meramente voluntário, devendo regulá-lo a lei a que o indivíduo teve a intenção de submeter-se; outros, como Weiss (5), fundados em que o domicílio é uma relação de direito privado, cujos efeitos se referem em geral a interesses de ordem privada, como o casamento, a tutela, as sucessões, entendem que o domicílio deve ser regulado, em princípio, pela lei nacional do interessado, como lei reguladora dos interesses privados, devendo apenas

(1) Ob. cit., 1, n.° 77.
(2) Ob. cit., 1, n.° 411.
(3) Ob. cit., n.° 57.
(4) *Du domicile comme principe de compétence législative,* pág. 132.
(5) *Traité,* III, pág. 322.

aplicar-se a lei local quando o domicílio seja base de aplicação de uma lei de ordem pública; outros, finalmente, como Rolin (1), consideram o domicílio um meio de tornar pràticamente eficazes os factos e as relações jurídicas e, por isso, em vez de se estabelecer um princípio absoluto, entendem que se deve seguir a doutrina de que o domicílio se determina em harmonia com a lei competente para regular os factos ou as relações jurídicas que êle vem concretisar.

Cremos que em todas estas doutrinas há um pouco de verdade, sem nenhuma delas ser completa ou inteiramente exacta. Exporemos, por isso, o nosso modo de ver.

Parece-nos que se deve fazer a distinção, que consideramos fundamental, entre o domicílio-critério de determinação da competência das leis ou das jurisdições e o domicílio-critério de aplicação da lei competente para regular as relações jurídicas.

Sob o primeiro aspecto, aparece-nos o domicílio quando as leis de um Estado dispõem, por exemplo, que a capacidade de exercício de direitos é regulada pela lei do domicílio e que a competência internacional dos tribunais é determinada, quanto a certas acções, pelo domicílio do réu.

Sob o segundo aspecto, revela-se-nos, por exemplo, quando a lei competente para regular a abertura da herança dispõe que esta se abre no último domicílio do *de cujus*, ou a lei competente para indicar o lugar do cumprimento de uma obrigação declara que esta deve ser cumprida no lugar do domicilio do devedor.

A função do domicílio é, claramente, muito diferente num e noutro caso.

No primeiro caso, constitui, de modo evidente, um elemento do sistema de regras de conflitos de leis ou de jurisdições de um determinado Estado, não podendo ser competente para o regular senão a lei dêste Estado, como só é competente para definir as suas regras de conflitos de leis ou de jurisdições a lei do mesmo Estado. Se, por exemplo, o direito de um Estado dispuser que a lei competente para regular a capacidade é a lei do domicílio, é evidente que o legislador tem em vista o domicílio como

(1) Ob. cit., I, n.º 429 e seg.

êle mesmo o regula. Em poucas palavras: em tal caso, o domicílio integra-se nos elementos de formação do sistema local de direito internacional privado, sendo, como êste sistema, regulado pela *lex fori*.

No segundo caso, é o domicílio condição de aplicação da lei competente e por esta deverá ser regulado. Assim, se se assentar em que a lei reguladora da sucessão é a lei nacional do autor da herança e que por essa lei deve determinar-se o lugar de abertura da sucessão, e se a mesma lei disser que a sucessão se abre no último domicílio do *de cujus*, êste domicílio tem de ser determinado pela mesma lei. De outro modo, não se aplicaria a lei competente para regular a abertura da herança. Da mesma forma, se se assentar em que a lei reguladora do lugar do cumprimento da obrigação contratual é a lei do lugar da celebração do contrato, e esta lei considerar como lugar do cumprimento do contrato o domicílio do devedor, pela mesma lei deverá determinar-se onde é o domicílio do devedor (1).

230—A personalidade jurídica pode acabar pela morte *natural*, pela morte *civil* e pela morte *presumida*.

I—*Morte natural*. A morte natural pode ser acompanhada da *certeza do momento* em que se verificou, e então não levanta dificuldade alguma nem em direito interno nem em direito internacional privado.

Pode, porém, haver *certeza* da morte, mas *incerteza* do momento em que se verificou, e tornar-se necessário fixar êsse momento para decidir se a pessoa de que se trata transmitiu ou não os seus bens a outra pessoa, de quem o momento preciso da morte também se ignora. Isto acontece quando duas pessoas morrem no mesmo desastre—um incêndio, um naufrágio, um terramoto, etc. Daí disposições paralelas à do artigo 1738.º do nosso Código civil, que ora lhe são iguais, estabelecendo a presunção de *morte simultânea*, quando não possa averiguar-se quais foram as que se finaram primeiro, como decidem os códigos civis espanhol (artigo 33.º), alemão (artigo 20.º) e brasileiro (artigo 11.º), ora são diferentes, estabelecendo *presunções de sobrevivên-*

(1) Vide Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 139 e 140.

cia, como acontece no código civil francês (artigos 720.º a 722.º), que estabelece estas regras: *a*) se os mortos conjuntamente tinham menos de 15 anos, presume-se que sobreviveu o mais velho; *b*) se tinham todos mais de 60, presume-se a sobrevivência do mais nôvo; *c*) se uns tinham menos de 15 e outros mais de 60, presume-se a sobrevivência dos primeiros; *d*) se todos tinham mais de 15 e menos de 60, presume-se a sobrevivência dos homens, se a idade fôr a mesma, ou se a diferença não exceder um ano, e presume-se a sobrevivência do mais nôvo, se forem do mesmo sexo.

Sendo assim, vê-se fàcilmente como podem aparecer conflitos de leis, os quais podem revestir dois aspectos: 1.º) conflito entre a lei reguladora da relação jurídica e a *lex fori*, se por exemplo se abrir em Portugal a sucessão de dois franceses, pai e filho, que morreram no mesmo naufrágio, tendo o pai 30 anos e o filho 12; 2.º) conflito entre duas leis normalmente competentes para regular respectivamente duas relações jurídicas, como se pai e filho morrem no mesmo naufrágio, sendo o pai francês e tendo 30 anos, ao passo que o filho era português e tinha 12 anos.

Como resolver semelhantes conflitos?

Três sistemas têm sido formulados: α) o sistema de Von Bar, que atende *sempre* à lei competente para regular a respectiva relação jurídica (1); β) o sistema de Valery, que julga sempre competente a *lex fori* (2); γ) o sistema que considera *neutralizadas* as presunções contrárias, que é o sistema mais geralmente seguido (3).

Qual a verdadeira solução?

A questão do termo da personalidade, à semelhança do que acontece acêrca da questão do seu comêço, é uma questão sem independência jurídica, não se relacionando com o interesse daquele cuja existência se discute, mas aparecendo sempre a propósito de relações jurídicas que interessam a outras pessoas, devendo, por isso, dominá-la a lei que rege essas relações.

Sendo assim, a questão da presunção de morte relativamente à transmissão dos bens por sucessão deverá ser regulada pela lei nacional do autor da herança. Por isso, se as pessoas que morreram no mesmo desastre, sem que possa precisar-se qual morreu primeiro, eram da mesma nacionalidade ou pertenciam a países cujas leis estabelecem iguais presunções quer de morte simultânea quer de sobrevivência, nenhuma dúvida poderá haver em aplicar a lei nacional dos interessados como lei reguladora da sucessão. Até aqui, pois, parece-nos inteiramente aceitável a teoria de Von Bar.

Se, porém, as referidas pessoas forem de nacionalidade diferente, e as suas respectivas leis nacionais estabelecerem presunções encontradas, a aplicação da doutrina de Von Bar conduziria ao absurdo de o *mesmo tribunal* considerar a *mesma pessoa* ora viva ora morta e, por isso, a melhor solução será a de substituir à lei estranjeira competente a lei local, como lei de ordem pública, a fim de evitar a existência de uma sentença contraditória e sem senso comum, onde, ao mesmo tempo, se considerasse uma pessoa morta, para deferir a sua sucessão, e viva, para lhe atribuir a sucessão de outra pessoa. Não seria uma sentença séria, e a seriedade é a primeira condição na administração da justiça.

II — *Morte civil*. Sôbre êste ponto, já por mais de uma vez expusemos as nossas ideas. Num país, como o nosso, que não admite a morte civil, não podem os tribunais reconhecer a estabelecida pelas leis ou declarada pelos tribunais estranjeiros (1).

III — *Morte presumida. Regime jurídico internacional da ausência*. Todas as legislações prevêem o facto de o indivíduo desaparecer do lugar do seu domicílio sem que haja notícias do seu destino, mas nem todas o regulam do mesmo modo ou atribuem à ausência os mesmos efeitos. E, para ver as diferenças legislativas em todo o seu relêvo, basta notar que, emquanto o direito alemão (código civil, artigo 13.º e segs.) e o direito holandês (código civil, artigo 519.º e segs.) autorizam a *declaração de morte* do ausente, o que faz a possibilidade de um nôvo casamento do cônjuge presente, o direito francês (código civil, artigo 112.º e segs.),

(1) Ob. cit., pág. 805.
(2) Ob. cit., n.º 842.
(3) Vide: Rolin, ob. cit., II, n.º 734; Weiss, *Traité*, IV, pág. 572; Dr. J. A. Reis, ob. cit., pág. 178.

(1) Supra, n.ºs 220 e 222.

o direito italiano (código civil, artigo 20.° e segs.), e o direito português (Código civil, artigo 55.° e segs.) apenas admitem a *declaração de ausência,* não reconhecendo ao cônjuge presente o direito de tornar a casar só pelo facto dessa declaração.

Sendo assim, importa naturalmente determinar os princípios segundo os quais hão de ser resolvidos os conflitos das leis internas em matéria de ausência.

O regime jurídico internacional da ausência envolve a resolução de três problemas: 1.°) o problema da competência do tribunal para declarar a ausência; 2.°) o problema das condições de declaração da ausência; 3.°) e o problema dos efeitos da declaração da ausência.

a) *Competência do tribunal.* Na doutrina e no direito positivo encontram-se quatro sistemas: 1.°) sistema da competência do tribunal nacional; 2.°) sistema da competência do tribunal do último domicílio; 3.°) sistema da competência do tribunal da situação dos bens; 4.°) sistema da competência do tribunal do país cuja lei é competente para regular as relações jurídicas a que a declaração de ausência pode interessar.

O sistema da competência do tribunal nacional é seguido por Meili (1) e Valery (2), fundando-se o primeiro em que a declaração de ausência afecta o estado das pessoas, e baseando-se o segundo em que os efeitos da declaração da ausência devem ser regulados pela lei nacional e em que, em matéria de ausência, é difícil separar as prescrições de direito civil das de organização judiciária, o que faz atribuir a competência aos tribunais nacionais.

O sistema da competência do tribunal do último domicílio é defendido, entre outros, por Weiss (3) e Diena (4), com o fundamento de que, sendo o último domicílio do ausente o centro dos seus principais interesses, é aí que mais necessário se torna acautelar êsses interesses, como é aí onde êles melhor são conhecidos.

O sistema da competência do tribunal da situação dos

(1) Ob. cit., § 69, III.
(2) Ob. cit., n.° 121.
(3) Ob. cit., pág. 326, nota 2.
(4) Ob. cit., n.° 108.

bens, que é seguido pela lei alemã (artigo 9.°) e pela lei japonesa (artigo 6.°), quanto aos bens situados no respectivo país, tiraria o seu fundamento da consideração de que é principalmente o destino dos bens do ausente que tem por fim a declaração da ausência.

O sistema da competência do tribunal do país cuja lei é competente para regular os efeitos da ausência foi afirmado por Von Bar (1) e foi igualmente seguido pela lei alemã e pela lei japonesa, indo buscar o seu fundamento à idea de que a competência da lei determina a competência da jurisdição.

Dos quatro sistemas, preferimos o que se pronuncia pela competência do tribunal do último domicílio do ausente. Êste sistema tem sôbre o primeiro o mérito de localizar a declaração da ausência no lugar que centraliza os interesses do ausente e onde estes são mais conhecidos, e sôbre os dois últimos a vantagem de assegurar a unidade de regime dos efeitos da ausência.

Nem, para justificar o primeiro sistema, se poderá dizer que a declaração de ausência afecta o estado do ausente, pois os tribunais de um país podem certamente conhecer das questões de estado respeitantes a nacionais de outro país, ou dizer que, em matéria de ausência, se não pode separar a lei substantiva da de organização judiciária, pois é manifesto que a competência do tribunal nada tem com os efeitos da declaração da ausência.

Em face do direito português, acresce a razão de que os tribunais portugueses são, em geral, competentes, em relação a estranjeiros, nos mesmos termos em que o são relativamente a nacionais, e de que é competente para declarar a ausência o tribunal do último domicílio do ausente (Código civil, artigo 55.°; Código de processo civil, artigo 26.°), embora seja também competente para as necessárias providências conservatórias o juízo da situação dos bens. À falta de preceito especial, deve êste preceito aplicar-se aos estranjeiros, sendo assim consagrado pela nossa lei o sistema da competência do tribunal do último domicílio do ausente, com o reconhecimento da competência do tribunal da situação dos

(1) Ob. cit., § 131.

bens para as medidas provisórias necessárias à conservação dos mesmos bens (1).

2.º) *Condições da declaração da ausência.* Quanto à lei reguladora destas condições, importa considerar separadamente as condições da declaração da ausência para o efeito de decretar *medidas provisórias*, para o fim exclusivo de pôr a bom recato os bens do ausente, e as condições da declaração da ausência para o efeito de, partindo da *presunção de morte*, entregar os bens aos herdeiros presumidos do ausente, quer em *posse provisória*, quer em *posse definitiva*, o que, na lei portuguesa, equivale à distinção entre curadoria provisória e curadoria definitiva dos bens do ausente (Código civil, artigos 55.º a 96.º; Código de processo, artigos 406.º a 418.º e 684.º a 688.º).

As medidas provisórias, tendentes, como são, a salvaguardar o património do ausente, tanto no seu próprio interesse, como no interesse dos herdeiros e da sociedade, estão naturalmente sujeitas à lei do país do tribunal que as decreta, como lei de ordem pública destinada a proteger os interesses da sociedade ligados à conservação de um património *abandonado*, e a realizar o *fim humanitário* de evitar, no interesse do ausente, a ruína ou a perda dos seus bens. E êste carácter das medidas provisórias foi bem reconhecido pelo Código civil, o qual, entre as pessoas competentes para requerer a curadoria provisória, indicava o ministério público (artigo 56.º), ao qual o Código de processo civil substituiu o curador dos órfãos (artigo 685.º), que ainda é, porém, um representante da sociedade, embora para o efeito da protecção dos incapazes (2).

E a submissão das providências provisórias à lei do tribunal que as decreta concorda com tudo que fizeram as convenções da Haia acêrca da lei reguladora das providências provisórias em matéria de divórcio e separação de pessoas (convenção de 12 de junho de 1902, artigo 6.º), em matéria de tutela (convenção de 12 de junho de 1902, artigos 3.º e 7.º) e

(1) A doutrina seguida no texto foi manifestamente reconhecida pelo acórdão da Relação do Pôrto, de 2 de abril de 1909 (na *Revista dos Tribunais*, XXVII, pág. 326), relativo à declaração da ausência de um francês domiciliado em Portugal.

(2) Weiss, ob. cit., pág. 336.

em matéria de interdição (convenção de 17 de julho de 1905, artigos 3.º e 8.º). Sempre essas providências se submeteram à lei do tribunal que as decreta. A competência da *lex fori* é assim, pode dizer-se, direito comum em matéria de providências provisórias (1).

Importa, porém, observar que, no caso de a *lex fori* ter em consideração, para qualquer efeito, a qualidade de herdeiro presumido do ausente, essa qualidade deverá ser determinada em harmonia com a lei nacional do ausente, que é a lei competente para determinar os sucessíveis e a ordem da sucessão (2).

As *providências definitivas* têm por efeito fundamental a entrega dos bens do ausente, em posse provisória ou em posse definitiva, aos seus herdeiros presumidos, isto é, representam uma *espécie de sucessão* (Código civil, artigo 67.º) e, por isso, desde logo se vê que as condições de direito substantivo de que dependem as providências definitivas devem ser reguladas pela lei nacional do ausente, como lei reguladora da sua sucessão.

3.º) *Efeitos da declaração definitiva da ausência.* A declaração definitiva da ausência assenta na *presunção de morte* e, portanto, os efeitos que ela produz devem ter um regime jurídico internacional semelhante ao regime dos efeitos da morte natural. A presunção de morte não é, porém, a certeza da morte e, por isso, se o regime deve ser semelhante, pode deixar de ser igual. Vejamos, pois, qual deve ser êsse regime quanto ao cônjuge presente, quanto aos filhos, e quanto aos bens.

a) *Cônjuge presente.* O efeito da ausência a respeito do cônjuge presente pode ser considerado relativamente à sua pessoa ou aos bens do casal.

Quanto à pessoa, as legislações dividem-se em dois sistemas, dando umas à declaração de ausência o valor de uma *declaração de morte* (v. g. Alemanha e Holanda) e dando-lhe outras o valor de *simples presunção de morte* (v. g. França e Portugal), e daí a importante diferença de que,

(1) Vide Dr. Chaves e Castro, *Organização e competência dos tribunais portugueses*, n.º 440.

(2) L. I, n.º 129.

para as legislações do primeiro grupo, o cônjuge presente pode contrair desde logo um nôvo casamento (código civil alemão, artigo 13.º) e, para as legislações do segundo grupo, o cônjuge presente, se bem que possa pedir o divórcio ou a separação com fundamento na ausência (Decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 4.º, n.º 6.º), não pode contrair nôvo casamento simplesmente porque foi declarada a ausência (1).

Normalmente, o valor da ausência sob êste ponto de vista deve determinar-se pela lei nacional do ausente. Contudo, esta lei não deverá aplicar-se quanto à permissão do casamento do cônjuge presente num Estado em que a declaração de ausência não equivale à declaração de morte, em que, apesar da ausência, se considere ainda existente o vínculo conjugal, e em que o casamento anterior não dissolvido for impedimento dirimente do casamento, como acontece em todos os Estados de civilização europeia, pois que semelhante impedimento deve considerar-se de ordem pública internacional.

Quanto aos bens do casal, devem estes partilhar-se como se o casamento se tivesse dissolvido. Por toda a parte a declaração de ausência tem o efeito de atribuir aos herdeiros do ausente a posse dos bens dêste, e para êsse fim é claramente necessário partilhar os bens do casal. Esta partilha tem de fazer-se em harmonia com a lei reguladora do regime de bens no casamento, que será, ou a lei escolhida pelos cônjuges no contrato de casamento ou, na falta de escolha, a lei nacional do marido (Código civil, artigo 82.º e seg. e 1107.º).

β) *Filhos*. Com os filhos procede-se também como se o ausente tivesse morrido. Se forem maiores ou emancipados, tomarão conta dos bens que lhes pertencerem (Código civil, artigo 91.º); se forem menores, ficarão sujeitos ao poder paternal ou à tutela (Código civil, artigo 92.º), segundo estatuir a sua lei nacional. O poder paternal e a tutela são instituïções de protecção dos menores e, por isso, estão, em princípio, sujeitas à lei pessoal do filho, quando

(1) Vide Travers, *La convention de la Haye relative au mariage*, I, n.ºs 502 e seg.

pai e filho tiverem diferente nacionalidade, segundo dissémos noutro lugar (1).

γ) *Bens*. Os bens do ausente são entregues aos seus herdeiros presumidos, determinados em harmonia com a sua lei nacional. É a lógica da presunção de morte.

Contudo, o ausente pode voltar e, por isso, são necessárias cautelas para assegurar os seus direitos, no caso de regresso. Semelhantes cautelas também devem ser determinadas pela lei nacional do ausente, a qual, como lei reguladora da transmissão dos bens para os herdeiros, deverá fixar as condições (como a exigência ou não exigência de caução, a apropriação dos frutos, a alienabilidade dos bens, etc.) em que êsses bens lhes ficam pertencendo.

Se, porém, os bens forem transmitidos para terceiros, e se levantar questão sôbre se estes os adquiriram ou não por prescrição, será a questão resolvida pela *lex rei sitæ*, que é a lei normalmente competente para regular a prescrição adquisitiva (2).

231 — Para ultimar o estudo do regime jurídico internacional do sujeito da relação jurídica, diremos algumas palavras acêrca da lei reguladora da capacidade das pessoas colectivas.

Já estudámos noutro lugar (3) o problema da capacidade de gôzo de direitos das pessoas colectivas. Resta-nos, por isso, esboçar o problema da competência, poderes e responsabilidade dos órgãos que as representam, para o efeito do exercício dos direitos de que elas gozam.

As pessoas colectivas exercem os seus direitos por intermédio dos seus representantes e, por isso, ao problema da determinação da lei reguladora da capacidade de agir das pessoas singulares, corresponde o problema da determinação da lei reguladora da competência dos representantes das pessoas colectivas.

Por que lei deverão, pois, determinar-se em Portugal a competência e, portanto, os poderes dos representantes das pessoas colectivas estranjeiras?

(1) L. I, pág. 462 e 466.
(2) L. I, pág. 470.
(3) L. I, n.ºs 67 e seg.

Para determinar a doutrina que julgamos rigorosa, consideraremos as três situações seguintes: *primeira* — uma pessoa colectiva constitui-se em país estranjeiro, em país estranjeiro tem a sua sede e funciona, e apenas esporàdicamente exerce em Portugal um ou outro direito privado; *segunda* — a pessoa colectiva constitui-se em país estranjeiro, onde tem a sede e funciona, mas tem em Portugal uma filial, uma agência ou um estabelecimento que a representa; *terceira* — a pessoa colectiva constitui-se em país estranjeiro, mas desloca para Portugal a sua sede, e aqui funciona.

A primeira hipótese, que abrange as pessoas colectivas de direito público e as de direito privado que, tendo a sede no estranjeiro, não são representadas em Portugal por qualquer filial, agência ou estabelecimento, parece-nos da mais fácil solução. A competência dos representantes dessas pessoas colectivas deve determinar-se exclusivamente pela sua lei nacional, que é a lei da sua sede administrativa. Como nota Otto Mayer (1), a pessoa colectiva supõe uma *organização*, a sua existência está na sua *constituïção*, e, por isso, a lei que preside à constituïção de uma pessoa colectiva é naturalmente a lei que determina os órgãos que hão de representá-la e define a competência e, portanto, os poderes dêsses órgãos, os quais fazem parte da constituïção da pessoa colectiva. Esta doutrina é da maior evidência.

A terceira hipótese também não pode oferecer dúvidas. A pessoa colectiva que se constitui em país estranjeiro e muda para Portugal a sua sede, fica sendo portuguesa, está, por isso, sujeita, na sua organização e funcionamento, à lei portuguesa e, portanto, é esta lei que fixa a competência dos seus representantes (Código comercial, artigo 110.º).

A segunda hipótese não é, todavia, de tão fácil solução.

Diena, tratando a questão a respeito das sociedades comerciais, sustenta que a extensão dos poderes dos representantes de uma sociedade estranjeira que tenha no país qualquer espécie de representação deve ser determinada pela lei local, pela razão de que tal lei interessa às relações da sociedade com terceiros e é, como tal, de interesse e ordem pública internacional (2).

(1) *Droit administratif allemand*, vol. IV, pág. 255.
(2) *Trattato di diritto comerciale internazionale*, vol. I, pág. 331.

Cremos, porem, que a doutrina de Diena não será a mais exacta.

Em primeiro lugar, é claro o paralelismo entre a capacidade de agir dos indivíduos e a competência dos órgãos das pessoas colectivas e, por isso, se a capacidade de agir dos estranjeiros-indivíduos é regulada pela sua lei nacional, o seu correspondente nas pessoas colectivas estranjeiras deve igualmente depender da lei nacional dessas pessoas.

Em segundo lugar, a razão de Diena prova demais, porque também prova contra os indivíduos, quanto a quaisquer actos por que êles assumam obrigações para com outras pessoas.

Por fim, a competência dos órgãos da pessoa colectiva é uma função e esta função é delimitada pela lei nacional da pessoa colectiva, sendo, portanto, lógico que a lei que rege a medida geral da capacidade de uma pessoa colectiva, que é a sua lei nacional, fixe os limites da competência dos órgãos que representam a mesma pessoa colectiva (1).

(1) L. I, n.os 69 e 70.

CAPITULO II

Objecto da relação jurídica

SUMÁRIO. 232 — Observação geral acêrca da lei reguladora do objecto imediato das relações jurídicas. 233 — As pessoas como objecto mediato dos direitos de família. 234 — As coisas como objecto mediato das diferentes relações jurídicas. 235 — Os serviços como objecto dos direitos de crédito. 236 — As coisas como elemento de uma universalidade. 237 — O objecto da relação jurídica e as leis de ordem pública internacional.

232 — O segundo elemento de qualquer relação jurídica é o *objecto,* o qual, em sentido próprio, é sempre uma *acção,* quer do sujeito activo do direito (facto que êle pode praticar), quer do sujeito passivo (facto que o sujeito activo pode exigir) e, em sentido comum, é o *objecto da acção,* isto é, aquilo a que a acção se refere, como a prestação nas obrigações, as coisas nos direitos reais, as pessoas nos direitos de família puros, os bens no direito de sucessão.

Ao *objecto-acção* chamaremos *objecto imediato* do direito, e ao *objecto da acção* chamaremos *objecto mediato* (1).

Em face destas noções, vê-se claramente que o objecto imediato do direito não pode ter um regime jurídico independente. O seu regime é naturalmente o da relação jurídica de que se trata. Assim, os factos que o titular de um direito de crédito pode praticar são os determinados pela lei reguladora da obrigação, e os factos que pode praticar ou exigir o titular de um direito real são os permitidos pela *lex rei sitæ* como lei reguladora dos direitos reais.

(1) Coviello, ob. cit., § 72; Ferrara, ob. cit., n.º 94; Dr. Guilherme Moreira, ob. cit., I, pág. 331; Anzilotti, *Corso di diritto internazionale,* pág. 158.

O objecto mediato, porém, pode ter um regime mais ou menos independente, que procuraremos esboçar.

O objecto mediato de uma relação jurídica pode ser ou uma *pessoa*, ou uma *coisa*, ou um *serviço* reductível a um valor pecuniário. Vejamos, pois, quais sejam as linhas gerais do regime jurídico internacional de cada uma destas formas de objecto da relação jurídica.

233 — No direito de família, há relações jurídicas de carácter pessoal, que são as relações jurídicas fundamentais, e há relações jurídicas patrimoniais, que são relações jurídicas concomitantes ou acessórias.

As relações jurídicas de carácter pessoal têm por objecto imediato um acto pessoal e por objecto mediato a própria pessoa. Assim, nas relações entre cônjuges, o direito e o dever de vida em comum realizam-se pela prática de actos pessoais, e têm claramente por objecto mediato a própria pessoa dos cônjuges; nas relações jurídicas entre pais e filhos, o direito e o dever de educação e de obediência realizam-se por actos pessoais, e têm por objecto mediato a pessoa do filho.

Os actos pessoais que, em princípio, o marido ou a mulher podem exigir um do outro são regulados pela lei pessoal do marido, que é a lei normalmente competente para regular as relações entre os cônjuges (1).

O regime da liberdade pessoal é, porém, um regime de direito público e, por isso, em cada país, a subordinação de uma pessoa a outra não pode ir além dos limites estabelecidos nas leis dêsse país. E assim é que o marido cuja lei pessoal lhe permita exigir *manu militari* que a mulher regresse ao domicílio conjugal, não poderá tornar efectivo êsse direito num país, como o nosso (Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, artigo 41.º), onde a lei não reconheça o mesmo direito. E tal é o motivo por que a convenção da Haia de 17 de julho de 1905, sôbre os efeitos do casamento nas relações entre os cônjuges, depois de ter determinado, na alínea 1.ª do artigo 1.º, que os direitos e os deveres dos cônjuges, nas suas relações pessoais, são regidos pela sua

(1) L. 1, pág. 463.

lei nacional, acrescenta, logo na segunda alínea: «Êsses direitos e deveres não poderão, contudo, ser sancionados senão pelos meios que igualmente permitir a lei do país em que fôr requerida a sanção».

Do mesmo modo, o direito de correcção dos pais sôbre os filhos menores é regulado pela lei pessoal do filho, mas as restrições de liberdade e os castigos que lhes pode impor são regulados pela lei do país onde for exercido o poder paternal, como é doutrina geralmente seguida e como a seu tempo veremos *ex professo*, a não ser que outra coisa se estabeleça num tratado sôbre o assunto (1).

234 — As coisas podem ser objecto mediato do direito, quer nos direitos reais, quer nos direitos de crédito, quer nos direitos de família patrimoniais, quer nos direitos de sucessão.

Nos direitos reais, as coisas aparecem-nos sob o ponto de vista da sua utilidade e do seu valor; nos direitos de crédito, aparecem-nos como uma forma de prestação; nos direitos de família patrimoniais, aparecem-nos já como elemento de uma universalidade, sempre que fazem parte de bens comuns dos cônjuges ou do património de um menor ou de um interdito, já como motivo de incapacidade dos cônjuges ou de formalidades especiais para a alienação de bens dos menores ou interditos; no direito de sucessão, finalmente, aparecem-nos como elemento da universalidade constituída pela herança. Estudemo-las sob êstes diferentes pontos de vista.

a) *As coisas como objecto dos direitos reais.* As coisas podem ser objecto de direitos reais tanto de gôzo como de garantia, segundo o conteúdo do direito for o aproveitamento das *utilidades* económicas que as coisas podem prestar, ou o *valor* das mesmas coisas para assegurar o cumprimento de uma obrigação.

A determinação e a organização, porém, dos direitos reais depende da *qualificação* das coisas. Daí a *classificação* destas em direito interno e daí também o problema da sua classificação em direito internacional privado.

(1) Vide: Weiss, *Traité*, IV, pág. 155; Despagnet, ob. cit., n.º 258; Valery, ob. cit., n.º 818.

Como objecto de direitos reais, classificam-se as coisas, fundamentalmente, em móveis e imóveis, no comércio e fora do comércio, públicas e particulares, divisíveis e indivisíveis.

É manifesta, em direito interno, a diferença entre coisas móveis e coisas imóveis, assim como é um facto que, de legislação para legislação, varia a qualificação de certas coisas como móveis ou como imóveis, considerando-se num país como móvel uma coisa que noutro país é considerada imóvel, o que acontece com as coisas que a nossa legislação chama imóveis por disposição da lei (Código civil, artigo 375.º). Por que lei regular, pois, semelhante qualificação?

A doutrina e o direito positivo não têm hesitações em dar competência à *lex rei sitæ* para decidir se uma coisa, emquanto objecto de um direito real, é móvel ou imóvel, pela ligação que existe entre as coisas e o solo e pelo facto de o valor das coisas fazer parte da riqueza geral do país (1).

Quanto ao direito positivo, regulou o assunto expressamente o código civil argentino, cujo artigo 10.º dispõe que os bens de raiz situados na república são regidos exclusivamente pela lei do país relativamente à sua qualificação. E no mesmo sentido decidiu o tratado de Montevideo sôbre direito civil, dispondo no artigo 26.º que os bens de qualquer natureza serão regulados pela lei do lugar da situação quanto à sua classificação.

É, pois, um ponto certo que a classificação das coisas em móveis e imóveis, como objecto dos direitos reais, é regulada pela *lex rei sitæ*.

Doutrina igual é certa a respeito das coisas no comércio e fora do comércio. A sua qualificação sob êsse aspecto só pode ser feita pela *lex rei sitæ*. Já assim o ensinou Savigny, que escreveu: «A questão de saber se uma coisa pode tornar-se propriedade privada e se, portanto, não é uma das *res quarum commercium non est*, deve decidir-se segundo a lei do lugar onde a coisa está situada» (2).

A razão é ainda a mesma. Só a lei vigente no território

(1) Diena, *I diritti reali*, pág. 70.
(2) Ob. cit., § 367, pág. 181; Conf. Diana, ob. cit., pág. 69.

onde as coisas se encontram deve ser competente para determinar se elas podem ser objecto de adquisição e transmissão ou se de isso não são susceptíveis.

A classificação das coisas em públicas e particulares baseia-se nos direitos que podem ser exercidos sôbre as coisas e, por isso, também sem hesitação, se deve decidir que a qualificação das coisas sob êsse ponto de vista deve ser regulada pela *lex rei sitæ*.

Ainda pela mesma lei se deverá decidir se os imóveis são ou não divisíveis, o que tem aplicações importantes no que respeita à fragmentação da propriedade e à divisão de prédios foreiros (Código civil, artigo 1663.º). Trata-se, evidentemente, de assuntos relativos à organização da propriedade e, como tais, sujeitos à competência da *lex rei sitæ*. Neste sentido decidiu a convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sôbre sucessões, a qual, estabelecendo em geral que a sucessão será regulada pela lei nacional do autor da herança (artigo 1.º), estatuiu no artigo 6.º, § 1.º, que fica ressalvada a aplicação das leis territoriais que tenham exclusivamente por fim evitar a divisão das propriedades rurais.

Finalmente, pela *lex rei sitæ* se deverá regular qualquer outra classificação das coisas quando estas se considerem como objecto de direitos reais. Assim acontecerá, por exemplo, com a classificação das coisas em coisas fungíveis e não fungíveis, para o efeito de saber se sôbre elas se pode ou não constituir um usufruto (Código civil, artigo 2209.º).

Sob qualquer outro aspecto, poderá a classificação das coisas, como veremos, ser regida por outra lei, mas, quando se trate de as classificar como objecto de direitos reais, a competência pertence sempre à *lex rei sitæ*. Só a lei do país da situação das coisas pode, com efeito, dizer quais são os direitos que sôbre elas podem ser exercidos e medir a extensão dos mesmos direitos.

b) *As coisas como objecto dos direitos de crédito.* Fora da sua qualidade de objecto de direitos reais, as coisas podem aparecer, em primeiro lugar, como forma de prestação nos direitos de crédito, importando, por isso, determinar se, sob êsse ponto de vista, a sua condição jurídica em direito internacional privado ainda é definida pela *lex rei sitæ* ou se é regida por uma lei diferente.

O direito de crédito tem sempre por objecto uma prestação, mas esta tanto pode ser uma coisa como um facto (Código civil, artigo 710.º). Quando o objecto da prestação é uma coisa, pode ser necessário classificá-la para determinar o regime do crédito. Assim, o empréstimo é comodato ou mútuo, segundo a coisa emprestada é ou não fungível (Código civil, artigo 1507.º), e daí a necessidade de qualificar a coisa emprestada para caracterizar o contrato.

Não se trata, evidentemente, de considerar as coisas como objecto de direitos reais, pois nada tem a questão com o regime da propriedade, e, por isso, se for necessário recorrer a uma qualificação legal, importa determinar qual a lei competente para indicar essa qualificação.

Só poderá hesitar-se entre a lei do contrato, isto é, a lei da relação jurídica por êle constituída, e a *lex fori*. Parece-nos que deve atender-se à qualificação da *lex fori*. Quando esta lei dispõe que o mútuo, por exemplo, é regulado pela lei do lugar da sua celebração, tem seguramente em vista o contrato de mútuo como ela mesmo o entende e, portanto, para determinar se o contrato é ou não de mútuo, pelo que respeita às coisas sôbre que recai, é a *lex fori* que deve tomar-se em consideração (1).

c) *As coisas como objecto dos direitos de família.* As coisas interessam ao direito de família sob dois aspectos, referente o primeiro ao caso em que elas aparecem como elemento de uma universalidade, e relativo o segundo ao caso em que a qualificação das coisas é motivo de incapacidades ou formalidades especiais.

Como elemento de uma universalidade, aparecem as coisas, por exemplo, ou em qualquer forma de *comunhão de bens* entre os cônjuges, ou na *administração dos bens de um incapaz* sujeito a tutela ou a curatela.

No caso de comunhão de bens, a lei que a regula é a lei competente para determinar o regime de bens dos cônjuges, independentemente da classificação que as coisas possam ter, e, portanto, a lei escolhida pelos cônjuges ou a lei nacional do marido (Código civil, artigo 1107.º). Os regimes de comunhão são independentes da organização da propriedade

(1) L. I, n.ºs 150 e 151.

e, por isso, a sua disciplina jurídica escapa ao império da *lex rei sitæ* como lei reguladora daquela organização.

Contudo, a lei do regime encontrará um limite na *lex rei sitæ* sempre que, na sua aplicação, contrariar algum princípio de organização da propriedade. E assim, se a partilha de imóveis, segundo a lei do regime, puder contrariar a *lex rei sitæ* quanto aos limites da divisão das propriedades rurais, deverá esta lei prevalecer sôbre a primeira.

Foi no sentido da doutrina exposta que resolveu a citada convenção da Haia de 17 de julho de 1905, a qual, mandando regular o regime de bens pela lei escolhida pelos cônjuges, ou pela lei nacional do marido (artigo 2.º), acrescentou que as suas disposições se não aplicariam aos imóveis constituídos pela lei da situação sob um regime predial especial (artigo 7.º).

No caso de tutela ou curatela, a administração de todos os bens do tutelado ou do curatelado é regida, em princípio, pela lei da tutela ou da curatela, em regra a lei pessoal do incapaz, independentemente da qualidade dos mesmos bens. Assim é de razão, pois que essa administração é organizada em benefício do incapaz e nada tem com o regime da propriedade, e assim o entenderam a convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre a tutela de menores (artigo 6.º) e a de 17 de julho de 1905 sôbre a interdição (artigos 1.º e 8.º), que mandam regular a administração dos bens do incapaz pela mesma lei que, em geral, for aplicável ao regime tutelar, sendo a convenção de 1902 expressa em declarar que aquela administração abrange a totalidade dos bens do menor, qualquer que seja o lugar da sua situação.

E, à competência da lei da tutela ou da curatela, as duas convenções apenas reconhecem a possibilidade de excepção quanto aos bens postos pela lei da sua situação sob um regime predial especial (convenção de 1902, artigo 6.º; convenção de 1905, artigo 12.º), com o que as convenções quiseram significar que a lei da tutela ou da curatela não se aplica quanto aos bens imóveis para que a *lex rei sitæ* estabeleça um regime tutelar especial, como se a lei da tutela admite a livre alienação dos bens do incapaz, e a *lex rei*

sitæ estabelece a sua inalienabilidade por qualquer motivo económico ou político (1).

Referindo-nos ao segundo aspecto sob o qual as coisas interessam ao direito de família, é fácil ver como a sua qualificação pode ser ou motivo de incapacidade para a sua alienação ou motivo de formalidades especiais para essa alienação.

Assim é que o marido não pode, sem outorga da mulher, alienar bens imobiliários (Código civil, artigo 1191.º) e os bens imóveis de menores sujeitos a tutela só podem ser vendidos em hasta pública (Código citado, artigo 268.º).

Perante a lei portuguesa e perante as legislações que sejam iguais a ela, é evidente que a incapacidade só existe e as formalidades apenas são necessárias quando os bens sejam imóveis.

Mas a que lei deverá atender-se para determinar se os bens são móveis ou imóveis? Á lei da situação ou à lei da relação jurídica que é causa da incapacidade ou das formalidades especiais?

Em geral, entende-se que deve atender-se à *lex rei sitæ*, e o próprio Bartin, autor da teoria das qualificações, propugnando a doutrina de que a qualificação deve ser determinada pela *lex fori*, faz uma excepção à sua doutrina relativamente à qualificação das coisas em móveis e imóveis, atribuindo-a à *lex rei sitæ* (2).

Cremos, porém, que essa doutrina não é inteiramente exacta, fora do caso em que se trate dos direitos reais que se podem exercer sôbre as coisas.

Se, em vez disso, a classificação das coisas em móveis e imóveis for critério de aplicação da lei competente para regular a relação jurídica que supõe essa classificação, como acontece nos casos apontados de alienação de bens imóveis pelo marido e de venda dos bens de menores, a qualificação a adoptar é a da lei reguladora da relação jurídica motivo da incapacidade ou das formalidades especiais e, portanto, a lei nacional do marido ou a lei da tutela. Em tais casos, a qualificação de uma coisa como imóvel nada tem com o regime da propriedade, mas é apenas um elemento de protecção da família ou do menor, devendo submeter-se à lei normalmente competente para proteger uma ou o outro.

(1) Vide *Revista*, ano 47.º, n.º 1982, pág. 401, e ano 48.º, n.º 2007, pág. 291.

(2) *Études de droit international privé*, pág. 24.

d) *As coisas como objecto dos direitos de sucessão.* As coisas podem ser objecto dos direitos que fazem parte da universalidade de bens constituída pela herança, isto é, podem ser um elemento dessa universalidade.

Como acontece com a universalidade-comunhão e com a universalidade-tutela, a condição das coisas como elemento da universalidade-sucessão deve ser regulada pela lei da relação jurídica a que respeita essa universalidade e, portanto, pela lei nacional do autor da herança, independentemente da natureza das mesmas coisas e do lugar da sua situação. Tal é, por exemplo, a doutrina consignada no artigo 1.º da convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sôbre as sucessões, que contêm êste preceito: «As sucessões, pelo que respeita à designação dos sucessíveis, à ordem segundo a qual são chamados, aos quinhões que lhes pertencem, às colações, à quota disponível e à legítima, são submetidas à lei nacional do defunto, *quaisquer que sejam a natureza dos bens e o país onde estes se encontrem*».

A qualidade de móveis ou imóveis não tem, assim, influência alguma sôbre a lei reguladora da sucessão.

Como já notámos noutro lugar (1), esta doutrina não é universalmente aceita pelos escritores e pelo direito positivo, ainda hoje havendo autores e legislações que submetem a sucessão dos imóveis à lei do lugar da sua situação, mas a tendência é, manifestamente, no sentido de admitir a unidade de regime da sucessão e considerar competente para a reger a lei nacional do autor da herança, pela clara razão de que a sucessão é independente do regime da propriedade, não havendo motivo para submeter a sucessão dos imóveis à *lex rei sitæ*, embora seja justo, como também estabelece a convenção (artigo 6.º), que a aplicação da lei nacional do *de cujus* seja limitada pela *lex rei sitæ* quando contrária a um regime predial especial por esta lei estabelecido.

Mas a qualificação das coisas como móveis ou imóveis

(1) L. 1, n.º 129, pág. 442.

ainda pode ter interesse para o fim de tornar efectiva a vontade do testador na sucessão testamentária. Assim, supunhamos que o testador declara que deixa os seus bens imóveis a Tício. Por que lei deverão determinar-se os bens que são imóveis e que ficam pertencendo a Tício?

Pode hesitar-se entre a *lex rei sitæ* e a lei pessoal do autor da herança. Inclinamo-nos, porém, para a lei nacional do autor da herança, por duas razões: 1.º) porque é por essa lei que deve interpretar-se a vontade do testador, pois é essa a lei que êle tinha naturalmente em vista; 2.º) porque o testador pode ter bens em diferentes países e, se fôssemos atender à *lex rei sitæ*, viria o absurdo de num país se lhe recusarem como móveis bens que noutro se lhe atribuiriam como imóveis, quando é certo que deve ser uno o critério da determinação dos bens, como era naturalmente una a vontade do testador.

235—Além das coisas, podem ser objecto mediato dos direitos de crédito os serviços reductíveis a um valor pecuniário. É o que se dá, por exemplo, com o serviço doméstico, com o serviço salariado e com o serviço próprio das profissões liberais.

Por que lei deverá ser regulada esta forma de objecto mediato dos direitos de crédito?

Parece-nos que se impõe uma distinção.

Ou o serviço de que se trata é exclusivamente regulado pelo direito privado, e então a lei reguladora de tal serviço será a que presidir ao contrato de que resultar a obrigação de o prestar (como o mandato, o contrato de trabalho, etc.), modificada pelas leis de ordem pública internacional do Estado local. Estamos na esfera pura e simples do direito privado e no campo das relações contratuais, tendo aí aplicação as regras relativas ao regime jurídico internacional dos contratos.

Ou o serviço é, em maior ou menor grau, regulado pelo direito público, como acontece com o exercício do mandato judicial, e então é de evidência que o regime do mesmo serviço será estabelecido pela lei do lugar onde for prestado, até onde tal serviço for atingido pelas leis de direito público.

236—Do que dissemos acêrca do regime das coisas como elemento da universalidade-comunhão, da universalidade-tutela e da universalidade sucessão, já se infere o nosso pensamento acêrca do critério de determinação da lei reguladora das coisas como elemento de uma universalidade. É a lei que regula a instituïção ou relação jurídica a que diz respeito essa universalidade. Assim deve ser, pela razão simples de que toda a universalidade tem a sua razão de ser na relação ou instituïção jurídica de que é a expressão económica e, por isso, deve andar lógicamente subordinada à lei que regula essa instituïção jurídica. E assim é, com efeito, não só em relação às instituïções já estudadas — regimes matrimoniais, regime tutelar e sucessão —, o que já seria suficiente para revelar o modo de ser do direito positivo sôbre o assunto, mas também a respeito de outras instituïções onde se manifesta o facto jurídico da universalidade de bens, como é a falência e a administração e liquidação do património das sociedades.

Quanto à falência, pode discutir-se se a sua declaração tem ou não efeitos exterritoriais, mas, quando se admite a sua exterritorialidade, subordina-se em globo a uma só lei, que é, segundo a opinião mais geral, a lei do domicílio do falido, independentemente da natureza dos bens e do lugar da sua situação. É que a falência, tendo por fim a liquidação dos bens do devedor em benefício comum dos credores, deve ser naturalmente *una* nos seus efeitos e abranger, por isso, *todos* os seus bens, sendo lógico que a lei, considerada competente para regular a liquidação dos bens, os compreenda a todos, sem atender à sua qualidade. É claro que isto terá os limites que naturalmente resultam da *lex rei sitæ* relativamente aos direitos reais de que as coisas são susceptíveis. Mas, salvaguardado êsse ponto, a lei da falência deve presidir à liquidação dêsses bens. E tal é a doutrina dos escritores e o preceito do direito positivo (1).

Quanto às sociedades, cujo património seja constituído por uma universalidade de bens, entende-se que a administração ou liquidação dêsse património deve ser regulada pela

(1) Vide: Diena, *Diritto commerciale internazionale*, III, n.º 292 e seg.: L. I, n.º 144.

sua lei nacional (1). Essa administração ou liquidação deve ser una e deve, por isso, abranger todos os bens móveis e imóveis, e, portanto, êstes bens, em tudo que respeita àquela administração ou liquidação, devem ser regidos pela mesma lei. Bem entendido, deve dizer-se, sem prejuízo da *lex rei sitæ*, quanto ao regime dos direitos reais, e das disposições de ordem pública, como acontece com a lei reguladora de toda e qualquer universalidade.

237 — A lei normalmente competente para regular o objecto da relação jurídica pode ser limitada na sua aplicação, quando estranjeira, pelas leis de ordem pública internacional do país do tribunal ou da autoridade que tiver de a aplicar.

A determinação exacta das leis de ordem pública internacional nesta matéria só poderá fazer-se no estudo do regime jurídico internacional de cada uma das relações jurídicas. Poderão, porém, estabelecer-se alguns critérios de orientação. Consideraremos separadamente o objecto *pessoas*, o objecto *coisas* e o objecto *serviços*.

a) *Pessoas*. Quando o objecto imediato da relação jurídica for um *facto pessoal* e o objecto mediato a própria *pessoa*, a lei normalmente competente não deverá aplicar-se, nos países cujo direito assenta nos princípios da liberdade e da igualdade individual, quando possa conduzir à supressão da liberdade e da dignidade pessoal. Fora da existência de tratado ou convenção que determine o contrário, poderá estabelecer-se a doutrina de que as leis estranjeiras não poderão aplicar-se quando restrinjam a liberdade individual além dos limites estabelecidos pelas leis locais.

É exemplo característico o que dissemos acêrca das relações pessoais dos cônjuges e acêrca do poder paternal (2).

b) *Coisas*. Se o objecto mediato das relações jurídicas forem as coisas consideradas como objecto de direitos reais, dificilmente haverá lugar à substituïção de uma lei estranjeira por uma lei local de ordem pública internacional. Semelhante substituïção não é, porém, impossível. Assim,

(1) Vide: Diena, ob. cit., I, pág. 317 e 378.
(2) Supra, n.º 233.

se se tratar de coisas móveis sôbre as quais tenha sido adquirido um direito real num país, depois do que as mesmas coisas tenham sido transportadas para outro país, a existência daqueles direitos será normalmente regulada pela lei do país da situação das coisas ao tempo da adquisição dos mesmos direitos, mas a oponibilidade dêstes a terceiros será determinada pela lei do país da situação actual, como lei de ordem pública internacional (1).

Nesta conformidade decidiu o Instituto de direito internacional, na sessão de Madrid, de 1911, como se vê da letra do artigo 5.º das suas resoluções sôbre o regime jurídico internacional dos bens, assim formulado: «No caso de mudança de um móvel de um para outro território, os direitos reais validamente adquiridos, segundo as regras que ficam estabelecidas, emquanto o móvel se encontrava num território determinado, devem ser respeitados, mesmo que êle se encontre posteriormente num território diferente. A lei da nova situação pode, todavia, exigir, por motivos de tutela social e ordem pública, que se cumpram todas ou algumas das condições prescritas para que o direito real possa produzir efeitos em relação a terceiros» (2).

A manifestação da acção inibitória das leis de ordem pública internacional pode, porém, ser mais freqüente quando as coisas são objecto mediato de direitos de crédito, de direitos de família ou de direitos de sucessão. Se um direito de crédito consiste, por exemplo, na entrega de uma coisa que a lei da situação considera fora do comércio, por virtude do seu destino, a *lex rei sitæ* obsta, como lei de ordem pública, à aplicação da lei que rege o contrato, se esta lei for invocada para basear o pedido de entrega da mesma coisa. Quando consideradas sob o ponto de vista do seu destino, as coisas são postas fora do comércio por motivos de interesse público, não podendo, por isso, prevalecer sôbre a *lex rei sitæ* qualquer lei estranjeira que conduza à sua comercialidade.

Pode, pois, formular-se a doutrina de que a *lex rei sitæ* obstará à entrega de uma coisa como objecto da prestação

(1) Niboyet, ob. cit., pág. 13 a 54.
(2) *Annuaire* cit., vol. XXIV, pág. 394.

que constitui o conteúdo de um direito de crédito sempre que, segundo a mesma lei, essa coisa estiver fora do comércio por uma razão de interesse público.

Se as coisas forem objecto mediato de um direito de família, a lei normalmente competente para regular êsse direito deixará de aplicar-se se a *lex rei sitæ* contiver disposições que, por um motivo de interesse público, obstarem à sua aplicação. Apresentaremos, como exemplo típico, o preceito do artigo 7.º da convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sôbre os direitos e deveres dos cônjuges, onde se dispõe que os preceitos da convenção não são aplicáveis aos imóveis constituídos pela lei da sua situação sob um regime predial especial. Em face dêste preceito, se a lei do regime de bens for uma lei estranjeira, se esta lei estabelecer a divisão por igual dos bens dos cônjuges entre estes ou entre os seus herdeiros, se o património dos cônjuges se limitar a um prédio rústico sito num país cuja lei não permita o fraccionamento da propriedade rústica além de um certo limite, não poderá aquele prédio dividir-se, embora a divisão fôsse possível segundo a lei do regime. A *lex rei sitæ* aplicar-se há, em tal caso, como lei de ordem pública de carácter económico.

O mesmo acontecerá no caso de a lei do regime permitir a divisão de *todos* os bens do casal e a liquidação imediata das suas dívidas passivas, e a *lex rei sitæ* estabelecer a indivisibilidade e a impenhorabilidade dos *bens de família*, emquanto permanecerem as condições de que a mesma *lex rei sitæ* faz depender a persistência de tais bens. Como lei de ordem pública deverá, pois, considerar-se o decreto n.º 7033, de 16 de outubro de 1920, que estabeleceu os *casais de família*, quanto aos preceitos de que depende a indivisibilidade e a impenhorabilidade dêsses casais (artigo 19.º a 21.º e 24.º e 25.º; conf. decreto n.º 7034, da mesma data, artigo 12.º).

Por fim, se as coisas forem objecto mediato do direito de sucessão, ainda a *lex rei sitæ* pode obstar à aplicação da lei pessoal do autor da herança, como lei reguladora da sucessão, se a *lex rei sitæ*, por uma razão de interesse público, estiver em divergência com a lei da sucessão. É o que pode dar-se, designadamente, se a lei da sucessão permitir a divisão até ao infinito dos bens da herança e a *lex rei sitæ* proïbir a divisão da propriedade rústica além de certos limites, ou se a lei da sucessão admitir livremente o estabelecimento de fideicomissos e a *lex rei sitæ* os proïbir, quer absolutamente, quer fora de certos limites. Em qualquer dêstes casos, a lei da sucessão cede perante a *lex rei sitæ*, pela razão económica que explica as restrições à divisão da propriedade e os limites à livre comercialidade dos bens.

c) *Serviços.* Quando o objecto da relação jurídica é um *serviço*, a lei normalmente competente deixará de aplicar-se sempre que a *lex fori* dela divirja em pontos que respeitem à medida da liberdade individual ou à defesa dos interesses gerais de uma classe. Assim, tratando-se do contrato de *serviço doméstico*, a medida de tempo que a *lex fori* estabelecer para a prestação do serviço é a *medida máxima* da duração da prestação do serviço, seja qual for a medida estabelecida pela lei do contrato, não podendo, por isso, em Portugal, àquele contrato ser reconhecido carácter perpétuo, pois deve considerar-se de ordem pública internacional o preceito do artigo 1371.º do Código civil, que determina que o contrato de prestação de serviço doméstico estipulado por toda a vida dos contratantes, ou de algum deles, é nulo e pode a todo o tempo ser rescindido por qualquer deles; e, tratando-se do *contrato de trabalho*, todas as restrições à liberdade de trabalho respeitantes à idade de admissão dos trabalhadores, às horas de trabalho, à protecção das mulheres no último período da gravidez ou nas primeiras semanas posteriores ao parto (1), etc. são aplicáveis tanto a nacionais como a estranjeiros, devendo as leis que as estabelecerem considerar-se de ordem pública internacional.

(1) Vide: Decreto de 13 de abril de 1891, artigo 1.º; Lei n.º 297, de 22 de janeiro de 1915, artigo 1.º e 2.º.

CAPITULO III

Facto jurídico

SUMÁRIO. 238 — Noção e classificação dos factos jurídicos. 239 — *Acto jurídico*. Linhas gerais do seu regime jurídico internacional. I — *Capacidade*. 240 — II — *Vontade*. Regime da sua existência jurídica. Discordância, intencional ou involuntária, entre a vontade real e a vontade manifestada. 241 — Manifestação da vontade. O princípio tradicional *locus regit actum*. Seu significado geral e sua aceitação pelo direito português. 242 — História do princípio. 243 — Seu fundamento e natureza. 244 — Seus caractéres: se constitui um princípio de direito internacional positivo; se é um princípio de competência ou um princípio de suficiência; se é obrigatório ou facultativo. 245 — Extensão do princípio: formalidades que compreende; pessoas que abrange; actos a que se refere. Princípios teóricos; direito português. 246 — Conflitos de jurisdições relativos à competência dos oficiais públicos para intervirem na prática de actos jurídicos. 247 — Conflitos de regras de competência legislativa acêrca da lei reguladora da forma externa dos actos. 248 — Lingua em que devem ser escritos os documentos exarados em Portugal. 249 — Legalização dos documentos exarados perante autoridades estranjeiras ou particularmente em país estranjeiro, e tradução dos escritos em língua estranjeira. 250 — O princípio *locus regit actum* e a competência notarial dos agentes diplomáticos e consulares. 251 — Os actos celebrados em país estranjeiro e o imposto do sêlo. 252 — Os contratos de transmissão de bens imobiliários realizados em país estranjeiro a título oneroso e o pagamento da contribuïção de registo. 253 — III — *Conteúdo dos actos jurídicos*. Sua lei reguladora. Limites da aplicação dessa lei. 254 — Regime jurídico internacional da determinação do lugar onde são praticados os contratos celebrados entre ausentes. 255 — Regime jurídico internacional da representação nos actos jurídicos. 256 — Regime jurídico internacional dos factos ilícitos e dos factos extravoluntários.

238 — De um modo geral, o *facto jurídico* é todo o *facto juridicamente relevante*, isto é, um facto a que o direito objectivo atribui efeitos jurídicos.

Os factos jurídicos formam duas categorias fundamentais, segundo são *fontes de normas jurídicas* ou são *fontes de relações jurídicas* (1).

(1) Vide Perassi, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, na *Rivista di diritto internazionale*, 1917, pág. 195.

Neste momento, temos em vista os factos jurídicos que são fonte de relações jurídicas, isto é, aqueles factos a que o direito objectivo atribui como conseqüência a adquisição, a perda ou a modificação de um poder jurídico (1).

Os factos jurídicos que são fonte de poderes jurídicos, formam dois grupos gerais, segundo são *factos voluntários* ou *factos extravoluntários*.

Os primeiros ainda são lícitos ou ilícitos, consoante são ou não permitidos pela lei.

Os factos voluntários lícitos que são fonte de poderes jurídicos, constituem os *actos* ou *negócios jurídicos*.

Procuraremos estabelecer as linhas gerais do regime jurídico internacional de todas estas espécies de factos jurídicos, começando pelos actos jurídicos, que são os mais importantes.

239 — A existência do acto jurídico como causa ou condição da adquisição ou exercício de um direito supõe a concorrência de um certo número de elementos ou requisitos, de cuja associação êle resulta. Êsses elementos são três: um *elemento subjectivo*, constituído pela existência de *agentes capazes* de praticarem o acto; um *elemento produtivo*, isto é, a *existência e a manifestação da vontade* do agente ou agentes no sentido de constituir uma situação jurídica subjectiva ou de criar a situação de que deriva o exercício de um poder objectivo; e um *elemento objectivo*, que é o *próprio poder jurídico* que pelo acto se estabelece ou que tem a possibilidade do seu exercício dependente do mesmo acto.

Estudar, pois, o regime jurídico internacional do acto jurídico equivale a estudar o regime da capacidade, da vontade e do conteúdo do acto jurídico.

I — *Capacidade*. Para praticar um acto jurìdicamente eficaz, é necessário, em primeiro lugar, ter o poder de gozar o direito que o acto traduz ou que pelo acto se constitui e, em segundo lugar, é necessário ter a capacidade de exercício de direitos, quer geral, quer especial, para a prática do acto de que se trata. Mas, sôbre êste ponto, nada temos que

(1) Vide Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 1, § 97.

acrescentar ao que acima dissemos acêrca da capacidade de gôzo e de exercício de direitos (1).

Notaremos, porém, que a mesma lei que for competente para regular a capacidade será igualmente competente para regular a existência e o grau da nulidade que possa resultar da sua inobservância, apenas com as modificações que possam resultar da acção inibitória das leis de ordem pública internacional.

240 — II — *Vontade*. A teoria jurídica da vontade, como elemento produtivo do acto jurídico, compreende dois problemas: o problema da *existência da vontade* juridicamente eficaz; e o problema da *manifestação da vontade*.

a) *Existência da vontade*. Na prática de um acto jurídico pode haver *concordância entre a vontade real e a vontade declarada*, o que se verifica quando o agente do acto quere juridicamente aquilo que diz querer. Em tal caso, nada mais há que discutir, quanto ao elemento vontade, além da legalidade da sua manifestação, de que mais abaixo falaremos.

Pode, porém, haver *discordância, voluntária ou involuntária, entre a vontade real e a vontade declarada*, como nos casos de falta de seriedade, reserva mental, simulação e vícios da vontade, cumprindo então investigar a que lei deverá atender-se para verificar se se dá realmente discordância e quais são os seus efeitos.

O problema tem sido versado, sobretudo, a respeito dos *vícios da vontade*. E, quanto a êstes, quatro sistemas têm sido seguidos: *a*) o sistema da competência da lei pessoal de cada uma das partes; *b*) o sistema da competência da lei do lugar da prática do acto jurídico; *c*) o sistema da competência da lei reguladora da relação constituída pelo acto jurídico; *d*) e o sistema da competência da lei escolhida pelas partes.

O sistema da competência da lei pessoal de cada uma das partes, seguido, entre outros, por Laurent (2) e Pillet (3),

(1) Vide supra, n.os 219 a 228.
(2) Laurent, *Droit civil international*, tomo VIII, n.º 145.
(3) *Principes*, pag. 150.

tem sido baseado no duplo fundamento ou de que o regime dos vícios do consentimento é um desenvolvimento do regime da capacidade (Laurent) ou de que as leis a êles relativas são leis de protecção individual (Pillet), o que conduz sempre à aplicação da lei pessoal.

Êste sistema tem contra si uma objecção decisiva. Como nota Dreyfus, quando a lei determina os factos que viciam o consentimento, não coloca numa situação jurídica particular uma certa categoria de pessoas, como faz quando cria uma incapacidade, mas estabelece a regulamentação objectiva do acto jurídico, idêntica e uniforme para todos (1). Ao organizar o regime dos vícios do consentimento, não se tem em vista, com efeito, desenvolver a capacidade ou proteger as pessoas, mas assegurar a eficiência do acto jurídico.

A competência da lei do lugar da celebração, mesmo quando essa lei não regula o acto jurídico na sua eficiência, foi defendida por Dreyfus, sôbre o fundamento de que «é no lugar onde o consentimento se produz que êle se localiza, e é a legislação dêste lugar a naturalmente designada para determinar o seu regime jurídico» (2). Êste sistema só poderá, porém, aceitar-se quando o acto jurídico em geral seja regulado pela lei do lugar da celebração. Em qualquer outro caso, separa do regime geral do acto o seu elemento criador—a vontade, o que nos parece inadmissível.

O sistema da competência da lei escolhida pelas partes, que representa um exagêro do princípio da autonomia da vontade, foi expressamente consignado pelo artigo 7.º da lei japonesa de 15 de junho de 1898 e pelo artigo 13.º do dahir marroquino de 12 de agosto de 1913 sôbre a condição civil dos franceses e estranjeiros no protectorado francês de Marrocos. Êste sistema é igualmente inadmissível, pela razão simples de que torna dependente da vontade uma lei reguladora da formação da mesma vontade, dando carácter supletivo a uma lei que, em direito interno, é de carácter imperativo, o que é claramente absurdo, pois é bem compreensível que o agente de um acto jurídico não deve poder escolher a

(1) Dreyfus, ob. cit., pág. 350 e 357.
(2) Ob. cit., pág. 359.

lei que há de presidir à manifestação da sua vontade para que esta seja juridicamente eficaz (1).

O sistema da competência da lei que rege de modo imperativo a relação constituída pelo acto jurídico foi seguido por Brocher (2) e consagrado pelo tratado de Montevideo sôbre direito civil, de 12 de fevereiro de 1889 (artigo 32.º e 33.º). É êste sistema que consideramos exacto. Por um lado, subtrai à autonomia da vontade a determinação da lei reguladora das condições de eficiência da mesma vontade e, por outro lado, integra na *unidade de regime* do acto jurídico essas condições, o que é inteiramente lógico, pois, sendo o acto jurídico um acto de vontade destinado a constituir uma relação jurídica, é natural submeter a vontade à lei que, de modo geral, regula a relação jurídica constituída pelo mesmo acto, pois, se essa lei domina a relação jurídica, também deve determinar a vontade suficiente para a constituir. Se, por isso, se entender que a relação jurídica constituída por um acto de vontade é a lei do lugar da sua celebração (v. g. obrigação convencional) ou a lei nacional do agente (v. g. sucessão testamentária), pela mesma lei se deve determinar se a vontade foi manifestada em condições de produzir efeitos jurídicos (3).

Esta doutrina é da mais fácil aplicação quanto aos actos jurídicos pròpriamente ditos, como são os actos de constituição de direitos de crédito.

O mesmo já não acontece, porém, com o *acto-condição*, como é o casamento, que coloca o marido e a mulher na situação de poderem exercer os poderes objectivos atribuídos aos cônjuges, e com o *acto-mixto*, como é o contrato

(1) L. I, n.os 146 e seg.
(2) *Cours de droit international privé*, II, pág. 82; Conf. Rolin, II, pág. 465 e seg.
(3) No texto apenas considerámos os sistemas que procuram fixar para os vícios da vontade uma lei normalmente competente. Não queremos, porém, deixar de referir a teoria de Valery, que considera as disposições relativas aos vícios da vontade leis de ordem pública internacional (*Manuel de droit international privé*, n.º 662), pela razão de que se trata de disposições de ordem moral, aplicáveis tanto a nacionais como a estranjeiros. Não poderíamos, porém, aceitar tal doutrina, pois nos não parece que devam considerar-se de ordem pública internacional preceitos cuja infracção determina a simples *anulabilidade* dos actos jurídicos (Código civil, artigo 687 e seg.), parecendo-nos que se trata de simples preceitos de ordem pública interna (L. I, pág. 567).

de venda de um prédio, que, a um tempo, cria direitos de crédito, como é o direito do vendedor quanto ao preço, e coloca o comprador na situação de exercer os direitos que a lei concede ao proprietário.

Quanto ao acto condição, como por êle se não constitui um direito, mas apenas se define um estado (por exemplo, o estado de cônjuge, de filho legitimado ou do filho perfilhado) ou torna possível o exercício de um direito (por exemplo, o direito de propriedade), parece que deveria considerar-se o acto independentemente quer do estado que êle define, quer do direito cujo gôzo êle condiciona, e procurar uma lei própria para o reger, sem atender á lei reguladora do estado ou da situação condicionados.

Se atendermos, porém, a que o acto condição não tem em si mesmo a sua razão de ser, mas no estado que define ou no direito cujo gôzo proporciona, deverá ainda considerar-se como lei reguladora dos vícios da vontade a lei que rege o estado ou o poder cuja definição ou atribuïção dependem do acto.

Sendo assim, os vícios da vontade devem ser regulados, quanto à constituïção do estado de cônjuge ou do estado de filho legitimado ou perfilhado, pela mesma lei que regular êsse estado (lei nacional de cada um dos cônjuges, lei nacional do pai e do filho) (1) e, quanto ao exercício dos poderes do proprietário, pela lei que estabelece êsses poderes, que é a *lex rei sitæ* (2).

Quanto ao acto mixto, parece-nos que deve considerar-se preponderante a *face* do acto que representa *convenção* de que é efeito a atribuïção de um poder legal a determinada pessoa. Assim, no contrato de compra e venda de um prédio, a convenção de transferência da propriedade, que cria para o vendedor a obrigação de entregar o prédio e para o comprador a obrigação de entregar o preço, é, como acto de vontade, a convenção preponderante e, por isso, os elementos de existência da vontade devem ser regulados pela lei do lugar da celebração do contrato (Código comercial, artigo 4.º, n.º 1.º).

(1) L. 1, n.º 136.
(2) L. 1, n.º 139.

O que dizemos dos vícios da vontade, dizemo-lo, em geral, das condições intrínsecas de existência de uma vontade juridicamente eficaz para criar um acto constitutivo de uma obrigação, como são a *seriedade* da manifestação da vontade e o valor da *reserva mental*. Trata-se sempre de condições de eficiência da vontade e, por isso, a lei competente também deve ser sempre a que regula a relação jurídica criada pela mesma vontade.

O mesmo deve dizer-se relativamente à *simulação* em tudo o que respeita às relações entre as partes. A simulação é um *disfarce* da vontade e, por isso, está naturalmente sujeita à lei que regula a relação jurídica resultante da declaração da vontade.

Mas, se a simulação tiver por fim prejudicar *terceiros*, por que lei deverão determinar-se a sua existência e efeitos? ¿Ainda será competente a lei da relação jurídica, ou deverá recorrer-se a outra lei?

Parece-nos que deve ir buscar-se a lei que regula o direito que se pretende lesar ou que, em geral, regula as relações entre os agentes do acto e as pessoas que se querem prejudicar.

Assim ¿simula-se uma venda a um filho quando se lhe faz uma doação, para lesar os outros filhos? Deve aplicar-se a lei que regula as condições em que podem ser feitas doações aos filhos.

Pretende-se prejudicar os credores, praticando actos que lesam os seus direitos? Parece que deve aplicar-se a *lei comum* das relações entre o indivíduo e os seus credores. E esta lei comum deverá ser a lei do domicílio do devedor, visto o domicílio ser o centro da sua actividade e das suas relações com os credores. Esta solução encontra, certamente, apoio na doutrina e nas leis que mandam regular a falência pela lei do domicílio do falido, sendo a falência, como é, um meio de liquidar as relações de crédito entre um insolvente e os seus credores (1). Contudo, como os credores são *terceiros* em relação ao acto simulado e como a lei que protege os direitos de terceiros é uma lei de ordem pública destinada a assegurar as relações de crédito, a lei do domicílio do

(1) L. 1, n.º 144.

devedor não será aplicada se for contrária às disposições da *lex fori* (1).

241 — *Manifestação da vontade.* Para a validade de um acto jurídico, não basta que a vontade exista; torna-se necessário que ela se manifeste pela *forma* estabelecida na lei.

A forma de manifestação da vontade constitui a *forma externa* do acto jurídico, a qual consiste, naturalmente, no conjunto de meios, juridicamente legítimos, de tornar visível a vontade, de certificar a existência dos actos jurídicos e de facultar a sua prova (2).

Êsses meios são ora a intervenção de um oficial público, ora a redacção de um documento, ora a presença de testemunhas, ora a combinação de todos estes elementos.

Sôbre a lei reguladora da forma externa dos actos existe um princípio tradicional, enunciado sob a fórmula *locus regit actum*, cujo significado é que — *a forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração* (3).

Êste princípio foi expressamente aceito pelo artigo 24.º do nosso Código civil, nestes termos: «Os portugueses, que viajam ou residem em país estranjeiro, conservam-se sujeitos às leis portuguesas concernentes à sua capacidade civil, ao seu estado e à propriedade imobiliária situado no reino, emquanto aos actos que houverem de produzir nele os seus efeitos: *a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do país onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário*».

Depois do Código civil, foi o mesmo princípio reconhecido pelo Código comercial, cujo artigo 4.º, n.º 3.º, determina: «Os actos de comércio serão regulados: 3.º) *Quanto à forma*

(1) Pillet, *Principes*, n.º 209.

(2) Vide Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, Torino, 1894, pág. 99.

(3) O princípio da aplicabilidade da lei do lugar da celebração para reger a forma externa dos actos jurídicos foi reconhecido, como veremos, logo com a escola estatutária italiana. Contudo, a forma de adágio que o princípio revestiu na expressão latina *locus regit actum*, parece apenas ter sido oficialmente consagrada pelo *Parlamento* de Paris num aresto célebre, de 15 de janeiro de 1721, sôbre a validade formal de um testamento, se bem que, entre os legistas, de há muito o adágio *locus regit actum* devesse estar em uso (Lainé, ob. cit., II, pág. 417).

externa, pela lei do lugar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário».

Por fim, a doutrina do Código civil e do Código comercial foi transcrita no artigo 237.º do regulamento consular, cuja letra é: «Os actos que, na sua forma externa, se harmonizarem com as disposições da lei do país em que forem escritos ou celebrados, produzirão efeitos em território português, nos termos e condições dos artigos 24.º, 964.º, 979.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1961.º, 2406.º, 2430.º e 2479.º do Código civil, e artigos 4.º, n.º 3.º, 12.º e 96.º do Código comercial».

É, assim, certo que o direito português admitiu o princípio *locus regit actum* como regra geral de determinação da lei reguladora da forma externa dos actos.

O princípio *locus regit actum* não tem sido, porém, aceito com igual alcance por todas as doutrinas, nem sancionado de modo igual pelas legislações e, por isso, faremos algumas observações acêrca da sua história, do seu fundamento e natureza, e dos seus caracteres, para bem compreendermos o seu modo de ser e o seu alcance.

242 — I — *História.* O princípio *locus regit actum* constituiu-se no período estatutário da evolução doutrinal do direito internacional privado.

Atribui-se por vezes a Bártolo a sua origem, mas a verdade é que já antes de Bártolo se começou a discutir a legitimidade da lei do lugar da celebração para regular a forma externa dos actos, embora fôsse Bártolo quem primeiro definiu com precisão a fisionomia do princípio e fôsse a partir da sua doutrina que êle entrou definitivamente no número dos princípios que seriam dos mais certos do direito internacional privado (1).

Assim constituído pela escola estatutária italiana, o princípio *locus regit actum*, embora fôsse lògicamente excluído pelo sistema de D'Argentré, quanto aos actos relativos a bens imóveis, dado o princípio da absoluta territorialidade das leis como base do sistema, conseqüência que D'Argentré não formulou expressamente, mas que os seus

(1) Lainé, ob. cit., I, pág. 149 e 254, e II, pág. 328 e seg.

discípulos Masuer e Burgundo deduziram da sua doutrina (1), foi reconhecido, como regra geral, pela maioria dos sucessores franceses de D'Argentré até os fins do século XVII, os quais se conservaram fieis à doutrina da escola italiana (2); foi aceito pela escola estatutária holandesa, se não como exprimindo o *summum jus*, isto é, o estrito rigor de direito, que seria a absoluta territorialidade das leis, como exigência da cortesia internacional, representando até para essa escola uma categoria estatutária independente—*um estatuto mixto*, não por virtude do seu *objecto*, por se referir ao mesmo tempo às pessoas e às coisas, como acontecia com os estatutos mixtos da escola estatutária francesa do século XVI, mas por virtude do seu *efeito*, emquanto a lei do lugar da prática do acto devia acompanhar êste onde quer que êle fôsse apreciado, participando assim do carácter do estatuto real, visto que a competência se determinava atendendo a um lugar, e do carácter do estatuto pessoal, por ter eficácia exterritorial (3); e foi, finalmente, recebido pela escola estatutária francesa do século XVIII, embora com algumas restrições ditadas pelas exigências da organização da propriedade e pelo interesse de terceiros ou pela necessidade de evitar a fraude à lei (4).

Depois das escolas estatutárias, foi o princípio aceito pelas *doutrinas da comunidade de direito*, aparecendo claramente nos três *sistemas representativos* dessas doutrinas—o sistema de Savigny (5), a escola italiana (6) e o sistema de Pillet (7).

Savigny, em harmonia com o seu princípio geral de que

(1) Lainé, ob. cit., II, pág. 348; Buzzati, ob. cit., pág. 30.
(2) Lainé, ob. cit., II, pág. 348; Buzzati, ob. cit., pág. 31.
(3) Lainé, ob. cit., II, pág. 97 e seg.; Buzzati, ob. cit., pág 36 e seg.
(4) Lainé, ob. cit., II, pág. 365 e seg.
De um modo geral, também pode dizer-se que o princípio *locus regit actum* foi aceito pela escola anglo-americana, embora com excepção da forma dos actos respeitantes a bens imóveis, que sujeita à *lex rei sitæ*. (Vide: Westlake, ob. cit., pág. 349 e 366; Dicey, *Conflicts of laws*, pág. 500 e 540; Warthon, ob. cit., I, § 276, e II, § 401; Meili, ob. cit., pág. 166).
(5) Ob. cit. §§ 381 e 382.
(6) Mancini, *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États un certain nombre de règles générales de droit international privé*, em *Clunet*, 1874, pág. 302.
(7) *Principes*, pág. 468 e seg.

cada relação jurídica deve ser regulada pela lei mais em harmonia com a sua natureza, entendia que, em rigor, a forma externa de um acto jurídico devia ser regulada pela lei competente para regular a relação jurídica que pelo acto se constitui. E assim, estando a sucessão testamentária sujeita, segundo o seu sistema, à lei do domicílio do testador, por esta lei deveria ser regulada também a forma externa do testamento.

Esta doutrina, porém, fácil de aplicar quando o acto jurídico fôsse praticado no lugar onde vigorasse a lei reguladora da relação jurídica, seria de difícil, se não, muitas vezes, de impossível aplicação, fora dêsse lugar e, por isso, Savigny, para evitar os inconvenientes da doutrina que lhe parecia lógica, aceitou o princípio *locus regit actum*, já reconhecido pelos «autores dos diferentes tempos e das diferentes nações» (1).

A escola italiana aceitou igualmente o princípio *locus regit actum* como uma excepção ao princípio da personalidade das leis de direito privado, dando-lhe, porém, um carácter claramente facultativo, pois reconhece aos agentes dos actos jurídicos o direito de adoptarem a forma da lei nacional, quando isso seja possível, ou por haver apenas um agente (testamento) ou por os agentes serem da mesma nacionalidade (contratos). É o que dispõe expressamente o artigo 9.º do título preliminar do código civil italiano, que, segundo declarou o fundador da escola, o eminente Mancini, é a tradução em artigos de lei das doutrinas da mesma escola (2).

No sistema de Pillet aparece igualmente o princípio *locus regit actum*, como uma solução prática digna de todo o aplauso e justificada pela sua comodidade, e pela impossibilidade de recorrer à lei naturalmente competente, que seria, a seu ver, a lei do país do tribunal que tivesse de apreciar o acto jurídico (3).

O Instituto de direito internacional, que temos considerado como órgão da doutrina geral, ainda não se ocupou *ex*

(1) Ob. cit., § 381, pág. 341.
(2) *Clunet*, ano cit., pág. 299; Weiss, *Traité*, III, pág. 107 e seg.
(3) *Principes*, pág. 482 e 485.

professo da determinação da lei reguladora da forma externa dos actos, embora já nomeasse, na sessão de Paris de 1910, uma comissão para estudar o assunto (1).

Ao regular, porém, actos jurídicos determinados, como o casamento, as convenções antenupciais e a letra de câmbio, sempre tem admitido o princípio *locus regit actum*, embora, quanto às convenções nupciais, considerasse igualmente competente a *lex loci* e a lei nacional (2).

O direito positivo tem reflectido o estado da doutrina.

No período estatutário, o princípio *locus regit actum* prevaleceu no direito europeu continental (3), sofrendo embora, por vezes, um ou outro desvio, designadamente, no sentido de sujeitar à *lex rei sitæ* os actos relativos a bens imóveis (4).

Êste desvio é frisantemente traduzido, por exemplo, pelo Código da Prússia, o qual, aceitando em geral o princípio em matéria de contratos (§ 111.°), sujeitava à lei da situação os contratos destinados a estabelecer direitos reais sôbre bens imóveis (§ 115.°).

O Código Napoleão não formulou o princípio *locus regit actum*, mas aplicou-o ao casamento, aos actos do estado civil e ao testamento (artigos 47.°, 170.° e 999.°), e a doutrina generalizou o princípio a todos os actos jurídicos, aplicando-o a doutrina preponderante mesmo aos actos de transmissão ou constituïção de direitos reais não exceptuados expressamente pela lei, sempre que se não trate de formalidades tendentes a assegurar os direitos de terceiros (5).

O código civil italiano dispõe no artigo 7.°, alínea 2.ª, dos preliminares que os imóveis estão sujeitos à lei do lugar da sua situação e dispõe no artigo 9.° que a forma extrínseca dos actos entre vivos ou de última vontade é regulada pela lei do lugar da celebração, podendo, porém, os agentes dos actos jurídicos seguir a forma da sua lei nacional, se esta

(1) *Annuaire*, XXIII, pág. 549.
(2) *Annuaire*, VIII, pág. 97 e seg., e X, pág. 75.
(3) Lainé, ob. cit., II, pág. 352.
(4) Lainé, ob. cit., II, pág. 359.
(5) Vide: Despagnet, ob. cit., n.os 213 e 216; Weiss, *Traité*, IV, pág. 205; Surville et Arthuys, ob. cit., n.os 188 e seg.; Audinet, *Principes élémentaires de droit international privé*, n.os 332 e seg. e 347 e seg.; Pillet, *Principes*, n.os 257 e seg.; Valery, ob. cit., n.° 195.

for comum a todas as partes. Geralmente, os dois preceitos são entendidos no sentido de que a *forma da manifestação da vontade* é regulada pela lei considerada competente pelo artigo 9.°, e as *formalidades de constituïção ou transmissão dos direitos reais*, são regulados pela *lex rei sitæ*, como seja, por exemplo, o registo predial (1).

O código civil argentino aceita igualmente o princípio *locus regit actum* (artigo 12.°), mas subordina expressamente as formalidades dos actos de aquisição e transmissão de bens imóveis à *lex rei sitæ*, sujeitando a êste preceito também as hipotecas constituídas em país estranjeiro sôbre bens sitos na Argentina (artigo 3163.°).

O direito suíço aceita expressamente o princípio *locus regit actum* quanto à forma do casamento, do testamento e da letra de câmbio, mas estabelece, a respeito do testamento e das doações *mortis causa*, a competência alternativa da *lex loci* e da lei quer do último domicílio do testador quer do seu domicílio ao tempo da feitura do testamento (2).

O direito alemão e o direito japonês traduzem, em geral, a orientação teórica de Savigny, considerando *competente* para regular a forma externa dos actos jurídicos a lei reguladora da relação jurídica por êles constituída. Não deixaram, contudo, de reconhecer o princípio *locus regit actum*, pois consideram *suficiente* a forma da lei do lugar da celebração, embora com a importante excepção dos actos de constituïção e transmissão de direitos reais, cuja forma a lei japonesa sujeita expressamente à *lex rei sitæ* (artigos 8.° e 10.°), devendo entender-se no mesmo sentido o artigo 11.° da lei alemã.

O código civil brasileiro aceita o princípio *locus regit actum* sem restrições e, por isso, deve ser entendido no sentido de que também os actos de constituïção ou transmissão de direitos reais são regidos, quanto à forma, pela lei do lugar da celebração (3).

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 139 e 359; Diena, *I diritti reali*, n.os 85 e seg., e *Diritto internazionale privato*, pág. 50; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 322.
(2) Supra, pág. 376.
(3) A. Machado Villela, *O direito internacional privado no código civil brasileiro*, pág. 228 e 247.

O direito anglo-americano aceita igualmente o princípio *locus regit actum*, com excepção, porém, dos actos jurídicos relativos a bens imóveis, que sujeita à forma da *lex rei sitæ* (1).

Nos tratados, como nas leis internas, o princípio *locus regit actum* tem sido preponderantemente aceito, mas também com desvios ou modificações. Assim: o tratado de Lima aceitava-o em toda a sua extensão; o tratado de Montevideo sôbre direito civil apenas o aceitou quanto à forma do casamento (artigo 11.º) e à forma dos instrumentos públicos (artigo 39.º), determinando que, em geral, a forma dos contratos será regulada pela lei do lugar da sua execução (artigo 32.º) e que a forma do testamento será regulada pela lei da situação dos bens (artigo 44.º); o tratado entre o Equador e a Colômbia, de 18 de junho de 1908, aceita o princípio em toda a sua extensão (artigo 5.º); e as convenções da Haia têm-no aceitado, quanto aos actos jurídicos que já regularam, como regra geral, mas com certas concessões em proveito da lei nacional (Convenção de 12 de junho de 1902 sôbre o casamento, artigo 5.º e 7.º; Convenção de 17 de junho de 1905 sôbre os efeitos do casamento, artigo 6.º; e Convenção da mesma data sôbre sucessões e testamentos, artigo 3.º) (2).

243 — II — *Fundamento e natureza do princípio.* A aceitação geral do princípio *locus regit actum* conduz natu-

(1) Vide supra, pág. 84, nota (4). No texto limitamo-nos a referir os sistemas de direito positivo que consideramos típicos. O princípio *locus regit actum* aparece, porém, no direito dos demais povos cultos, como pode ver-se, designamente, nos códigos civis — espanhol (artigo 11.º), rumeno (artigo 2.º), sérvio (artigo 46.º), da Luïsiana (artigo 10.º), do México (artigo 10.º), da Guatemala (artigo 13.º), do Chili (artigo 17.º), da Colômbia (artigo 22.º), do Uruguay (artigo 6.º) e da Venezuela (artigo 11.º); na lei holandesa de 15 de maio de 1829 (artigo 10.º) e na lei congolesa de 20 de fevereiro de 1891 (artigos 4.º e 5.º). Conf. Buzzati, ob. cit., pág. 170 e seg.

(2) As conferências da Haia de direito internacional privado não tomaram deliberação definitiva de carácter geral acêrca da lei reguladora da forma externa dos actos. Contudo, a conferência de 1893 estudou o assunto e votou sôbre êle as seguintes resoluções:

«A forma dos actos é regulada pela lei do lugar da sua celebração. Todavia, os actos por documento particular podem ser celebrados na forma da lei nacional idêntica de todas as partes.

«Quando a lei que regula uma disposição exigir como condição substancial que o acto tenha uma forma solene, as partes não podem adoptar outra forma» (*Actes*, de 1893, pág. 55).

ralmente ao estudo do problema do seu fundamento e da sua natureza.

Na resolução dêste problema, pode dizer-se que a doutrina tem sido dominada por dois sistemas opostos.

Num dêsses sistemas, o princípio *locus regit actum* tem por *fundamento* um simples motivo de necessidade ou de utilidade prática e reveste a *natureza* de uma *regra não autónoma*, não passando de uma *regra subordinada* a uma lei normalmente competente para reger o acto jurídico tanto sob o ponto de vista do conteúdo como sob o ponto de vista da forma.

No outro sistema, a regra *locus regit actum* encontra o seu fundamento na finalidade das leis de forma e tem a natureza de uma *regra autónoma*, sendo um verdadeiro princípio de competência legislativa.

O primeiro sistema derivou lògicamente da doutrina de Savigny.

Segundo êste escritor, a forma dos actos devia, rigorosamente, ser regulada pela lei competente para reger a relação jurídica que pelo acto se constitui. Mas Savigny, apresentando esta solução como isenta de dúvidas, acrescenta: «No lugar onde se realiza o acto jurídico é muitas vezes muito difícil conhecer exactamente as formas legais do lugar-sede da relação jurídica e, mesmo quando são conhecidas, é muito difícil executá-las; e a dificuldade torna-se até muitas vezes impossibilidade, como vai mostrá-lo o exemplo seguinte. Quando um prussiano adoece em França e quere fazer testamento, deveria recorrer, segundo a regra provisória acima estabelecida, à intervenção de um tribunal, visto que o direito prussiano não reconhece outros testamentos além dos feitos perante a justiça. Mas, em França nenhum tribunal tem competência para intervir na feitura de um testamento, pertencendo essa competência exclusivamente aos notários (1).

«Como conseqüência, deveria renunciar a fazer testa-

(1) Convém observar que o código civil alemão, que substituiu o código civil prussiano, admite o *testamento notarial*, ao lado do *testamento judicial* (artigo 2231.º). A legislação rumena, porém, apenas admite, como forma de testamento público, o testamento judicial (código civil, artigo 858.º e seg.).

mento, talvez com grave prejuízo de sua família. A consideração desta excessiva dureza, que algumas vezes torna os actos absolutamente impossíveis e, mais vezes ainda, os expõe às nulidades de uma execução defeituosa, tudo isto em conseqüência de formas legais que com certeza não foram estabelecidas para impedir ou para embaraçar as transações civis, fez nascer um direito consuetudinário reconhecido, cada vez mais, desde o século décimo sexto, direito que substitui a regra provisória acima estabelecida e remove as dificuldades de que acabo de falar. Esta nova regra é formulada assim: *Locus regit actum*, e significa que a forma de um acto jurídico é suficiente desde que se conforme com a lei do lugar onde o acto jurídico se realiza, mesmo quando no lugar onde a relação jurídica tem a sua sede fôssem outras as formalidades estabelecidas pela lei. Esta regra é reconhecida pelos autores dos diferentes tempos e das diferentes nações» (1).

Segundo Savigny, a lei da forma deveria ser, pois, a lei da respectiva relação jurídica, sendo o princípio *locus regit actum* apenas uma regra de direito consuetudinário determinada pela necessidade ou pela utilidade prática.

A orientação de Savigny foi convertida em sistema por Von Bar, o qual, depois de criticar os autores que pretendem justificar *a priori* o princípio *locus regit actum*, escreve: «A verdade é que é impossível, é uma empresa vã, querer justificar *a priori*, como coisa natural ou conforme à lógica jurídica, a regra *locus regit actum*, que se encontra comummente em vigor. A forma é um dos requisitos do acto jurídico e deveria, por isso, ser julgada segundo a lei a que, em geral, está sujeito o mesmo acto. Só resta, pois, investigar a origem da regra *locus regit actum* no facto positivo da formação de um direito consuetudinário geral» (2).

Em Von Bar aparece, assim, claramente, a idea de que o princípio *locus regit actum* é apenas um princípio de *suficiência*, subordinado à *lei competente* para regular a relação jurídica constituída pelo respectivo acto.

A mesma idea foi ainda desenvolvida por Dreyfus, que

(1) Ob. cit., pág. 344 a 346.
(2) Ob. cit., § 118.

sustenta a doutrina de que uma e a mesma lei deve regular o fundo e a fôrma do acto jurídico, à qual cabe determinar os limites em que pode ser reconhecido o princípio *locus regit actum*, embora a lei normalmente competente para regular o acto jurídico deva reconhecer largamente aquele princípio, para não paralisar a vida jurídica internacional das pessoas que dependem da sua autoridade. Eis algumas das suas palavras, as quais marcam frisantemente a sua orientação: «Fiel assim a um costume inveterado e universal, nascido das necessidades imperiosas da prática, conservamos no nosso sistema um lugar para a regra *locus regit actum*. Por outro lado, não fazemos mais do que perfilhar a doutrina de numerosos autores, se não da sua maioria, considerando aquela regra, não como um princípio autónomo e absoluto, mas como uma regra de segundo plano e subordinada a outro princípio. Limitamo-nos a substituir, emquanto lei normalmente competente, à lei nacional ou à *lex fori*, que têm sido indicadas de modo particular, a lei que rege o elemento jurídico a que se liga a formalidade considerada. Esta lei exclui num caso determinado a aplicação da regra *locus regit actum*, ou opõe-se ao emprêgo, mesmo em território estranjeiro, de formas diferentes das que ela estabeleceu? Não se deverá hesitar em respeitá-la e em considerar irregular o acto praticado em harmonia com a forma da *lex loci*... Cremos, além disso, que o legislador deve, pelas razões que indicámos, atribuir a mais larga função à regra *locus regit actum*, para não paralisar a vida jurídica internacional das pessoas (1)».

O sistema que considera o princípio *locus regit actum* uma regra autónoma e com o valor de um verdadeiro princípio de competência legislativa, foi já incontestàvelmente o sistema que resultou da evolução doutrinal da escola estatutária italiana.

Em verdade, esta escola, com Aberico de Rosate, João Faber, Bártolo e Dumoulin, fixou progressivamente a doutrina de que o acto jurídico celebrado em harmonia com a *lex loci* devia ser válido, não só nesse lugar, mas no lugar do domicílio das partes e no lugar da situação dos bens,

(1) Ob. cit., pág. 206 e 209.

doutrina que Dumoulin formulou abertamente para todos os actos jurídicos, escrevendo, quanto à lei reguladora da forma dos actos: *Aut statutum loquitur de his quæ concernunt nudam ordinationem vel solemnitatem actus et semper inspicitur statutum vel consuetudo loci ubi actus celebratur, sive in contractibus, sive in judiciis, sive in testamentes, sive in instrumentis aut aliis conficiendis* (1). A doutrina final da escola foi, pois, *sempre* e *em tudo* o princípio *locus regit actum* para regular a forma dos actos.

Nos períodos posteriores das doutrinas estatutárias, há escritores dissidentes, há luta de opiniões, mas a autoridade de Bártolo e de Dumoulin vence afinal as dissidências, a regra *locus regit actum* é restaurada, podendo dizer-se, com segurança, que, no período das doutrinas estatutárias, aquela regra constituiu, para a generalidade dos escritores, um verdadeiro princípio de direito internacional privado (2).

No período doutrinal da comunidade de direito, se Savigny *prepara* o conceito de dependência da regra *locus regit actum*, e Von Bar formula claramente êsse conceito e o converte em sistema, a teoria contrária encontrou sucessivamente em Laurent, Buzzati, Rolin e Weiss, para não falar senão de alguns dos principais, defensores do maior mérito, que mostraram como as leis do lugar da celebração dos actos jurídicos são as que melhor correspondem ao destino das leis de forma e, por isso, devem constituir as leis normalmente competentes para regular a forma dos actos jurídicos (3).

Laurent e, sôbretudo, Buzzati puseram em relêvo que a regra tradicional *locus regit actum* era não só fundada na necessidade, mas na razão jurídica, isto é, na finalidade das leis de forma. Por um lado, estas leis têm essencialmente por fim precisar a manifestação da vontade, garantir as partes contra pressões e fraudes, e assegurar a prova dos direitos, e, por outro lado, são um produto das condições morais,

(1) Vide: Lainé, ob. cit., II, pág. 333 e seg.; Buzzati, ob. cit., pág. 5 e seg.; Rolin, ob. cit., I, n.º 165; Meili, ob. cit., pág. 164.

(2) Lainé, ob. cit., II, pág. 340 e seg.; Buzzati, ob. cit., pág. 23 e seg.; Rolin, ob. cit., n.º cit.

(3) Laurent, *Droit civil international*, II, n.º 233 e seg.; Buzzati, ob. cit., pág. 80 e seg.; Rolin, ob. cit., I, n.º 165 e seg. Conf. Weiss, *Traité*, III, pág. 107 e seg.; Surville et Arthuys, ob. cit., n.º 186.

religiosas, económicas e políticas do país em que vigoram. Sendo assim, porque é evidente que só o legislador de cada país é que pode formular leis em harmonia com as suas condições sociais, evidente se torna também que as leis de forma estabelecidas pelo legislador de cada país devem aplicar-se a todos os actos praticados nesse país.

Mas a que título deverão aplicar-se à forma dos actos celebrados num país as leis dêsse país? A título de *leis de ordem pública:* responde Buzzati. A título de *leis competentes*, segundo a razão jurídica e a natureza das coisas: respondem Laurent, Rolin e Weiss.

Embora divergentes na fórmula, as respostas são idênticas na essência. Com efeito, Buzzati, ao mesmo tempo que classifica as leis de forma como leis de ordem pública, afirma e sustenta que os actos celebrados em harmonia com as leis do lugar da celebração devem ter eficácia exterritorial e, por isso, são *leis de ordem pública interna*, o que mais nada significa do que leis obrigatórias para os actos celebrados no território do Estado legislador, e o que afinal quere dizer que a regra *locus regit actum* deve ser entendida no sentido de atribuir *competência legislativa normal*, quanto ao regime da forma dos actos, à lei do lugar da celebração.

Qual será a doutrina scientificamente mais rigorosa?

O problema é certamente difícil, bastando, para o ver, atentar nos nomes que subscreveram um e outro sistema.

Inclinamo-nos, porém, para a doutrina de que o princípio *locus regit actum* deve ser uma regra autónoma e independente para a determinação da lei reguladora da forma externa dos actos jurídicos.

Em primeiro lugar, o princípio *locus regit actum*, persistindo através de sete séculos, mostra que é juridicamente possível scindir a lei da forma da lei do conteúdo dos actos jurídicos, assim como tem sido possível separar de uma e da outra a lei da capacidade.

E êste ensinamento histórico concorda, como demonstrou exuberantemente Buzzati (1), com a possibilidade psicológica de separar o pensamento da sua expressão, pois é incontes-

(1) Ob. cit., pág. 83.

tável que o mesmo pensamento pode ser expresso de modos diferentes, segundo a pessoa (mais ou menos inteligente ou culta) a quem se transmite. E daí se infere a possibilidade lógica de scindir do conteúdo a forma do acto jurídico.

Em segundo lugar, é incontestável que as leis de forma vigentes em cada país se devem considerar organizadas em harmonia com o modo de ser económico, moral e político do mesmo país e, portanto, traduzindo o grau de garantia necessária para assegurar a manifestação da vontade, e a prova dos actos jurídicos.

Em terceiro lugar, a *lex loci* é a única que pode garantir a prática segura de todos os actos necessários à vida jurídica dos indivíduos, já pela impossibilidade, já pela dificuldade de observar formalidades prescritas pelas leis estranjeiras, e parece uma conseqüência lógica do reconhecimento de direitos aos estranjeiros que lhes deve ser garantido o exercício de todos êsses direitos.

Por estas considerações, deve, em nosso juízo, a lei do lugar da celebração ser considerada a lei normalmente competente para regular a forma externa dos actos. Isto é, consideramos as leis de forma como *leis de competência localizada* e a lei do lugar da celebração como a *lei normalmente competente* para regular a forma dos actos jurídicos.

Aceitamos assim a doutrina de Laurent, Buzzati, Rolin e Weiss, com a fórmula técnica que lhe deu Rolin, que considerou a *lex loci* a *lei competente* para reger a forma externa dos actos. Acomodamo-la, em todo o caso, à denominação de *leis de competência localizada,* que damos às leis que, sendo de competência territorial, são de efeito exterritorial (1).

244 — III — *Caractéres.* Seja qual for teòricamente a sua natureza e o seu fundamento, o princípio *locus regit actum* foi admitido pelo direito português e, por isso, o que importa é

(1) A doutrina de Laurent, Buzzati, Rolin e Weiss foi seguida entre nós, pelo Dr. Teixeira de Abreu, no trabalho já muitas vezes citado, *Das relações civis internacionais* (n.º 67) e pelo Dr. J. Alberto dos Reis, num artigo interessante publicado nos *Estudos jurídicos* (pág. 36 a 59 e 192 a 206), sob o título *Forma externa dos actos no direito internacional,* onde apresentou a doutrina com o rigor técnico que lhe deu Rolin (pág. 48).

determinar o seu *valor,* o qual há de aparecer como a resultante dos seus caractéres.

A investigação acêrca dos caractéres do princípio *locus regit actum* refere-se aos três pontos seguintes: *a*) se o princípio constitui ou não uma regra de direito internacional positivo; *b*) se é um princípio de competência ou de suficiência; *c*) se é obrigatório ou facultativo.

a) Perante a generalidade da admissão do princípio *locus regit actum,* já se tem pretendido ver nele uma regra de direito internacional positivo, obrigatório para os Estados, de modo a os mesmos Estados deverem reconhecer a validade formal dos actos jurídicos desde que fossem praticados de harmonia com a lei do lugar da celebração. Essa regra de direito internacional positivo teria resultado do costume internacional (1).

Contudo, não se pode dizer que existam já os elementos bastantes para afirmar que a regra *locus regit actum* assumiu semelhante valor, pois nada indica que os Estados se considerem obrigados a reconhecê-la. E a prova está em que algumas legislações lhe estabelecem limitações, sem que isso tenha sido motivo de reclamações. A doutrina exacta é, pois, que a regra *locus regit actum* é antes uma regra de *direito uniforme,* tendo cada Estado a faculdade de a aceitar ou de deixar de a aceitar, ou de a modificar como entender (2).

b) Na organização dos sistemas doutrinais e na elaboração do direito positivo, a regra *locus regit actum* ora aparece como um *princípio de competência,* ora como um *princípio de suficiência.*

Assim é que a doutrina de Savigny, de Von Bar e de Dreyfus conduz naturalmente a considerar a regra como um princípio de suficiência, pois que a lei competente seria a própria lei que deve, de modo geral, regular a relação jurídica.

Em harmonia com a mesma doutrina estão a lei de introdução do código civil alemão (artigo 11.º) e a lei japonesa de 15 de junho de 1898 (artigo 8.º), onde aparece o preceito

(1) Ottolenghi, *Dei rapporti di pertinenza fra il diritto internazionale privato e il diritto delle genti,* 1907, pág. 12.

(2) Anzilotti, na *Rivista di diritto internazionale,* 1907, pág. 284.

comum de que a lei reguladora da forma dos actos jurídicos é a mesma lei que regula as relações por êles constituídas, sendo contudo suficiente a observância da lei do lugar da celebração, excepto a respeito dos actos por que se estabelece ou dispõe de um direito real.

Para quem vê, porém, o fundamento da regra *locus regit actum,* quer na consideração de que as leis de forma são leis de ordem pública (1), quer na finalidade e na função das leis de forma, a regra tem lògicamente o valor de um princípio de competência.

E a mesma orientação seguem as legislações que mandam regular a forma externa dos actos pela lei do lugar da celebração, sem reconhecerem a legitimidade da observância de outra lei.

A êste grupo de legislações pertence claramente a legislação portuguesa, pois o artigo 24.º do Código civil e o artigo 4.º, n.º 3.º do Código comercial mandam regular a forma externa dos actos jurídicos pela lei do lugar da celebração, sem aludir à possibilidade de recorrer a outra lei.

c) Tanto na sua história, como no seu modo de ser actual na doutrina ou nas legislações, o princípio *locus regit actum* tem sido considerado ora como *obrigatório* ora como *facultativo,* segundo a validade formal do acto depende absolutamente da observância da lei do lugar da celebração ou se permite a observância de outra lei.

Assim, no período estatutário, foi o princípio considerado umas vezes facultativo, outras vezes obrigatório (2); no sistema de Savigny (3), no sistema de Mancini (4) e no sistema de Pillet (5), o princípio é facultativo, como facultativo aparece, por exemplo, na lei italiana (6), e outra coisa não pode ser perante a lei alemã e perante a lei japonesa; contudo, nas doutrinas para as quais o seu fundamento está no carácter das leis de forma como leis de ordem pública, ou na finalidade dessas leis, o princípio é obrigatório, e com o

(1) Laurent, *Droit civil international,* tomo II, n.º 246, pág. 444.
(2) Lainé, ob. cit., tomo II, pág. 395 e seg.
(3) Ob. cit., § 381, pág. 354.
(4) *Clunet,* ano cit., pág. 302.
(5) *Principes,* pág. 484.
(6) Código civil, tit. prel., artigo 9.º.

mesmo carácter se deve considerar consignado nas legislações que, de *modo imperativo,* mandam regular a forma dos actos pela lei do lugar da celebração, como acontece com o direito espanhol, holandês, da Luïsiana e do México (1).

Foi nesta última corrente que se filiou a lei portuguesa. Em verdade, as fórmulas da lei, não só são imperativas, pois dizem — *a forma externa dos actos será regida* (Código civil) e *«Os actos de comércio serão regulados, quanto à forma externa* (Código comercial) — mas não contêm qualquer sinal de que os interessados possam observar outra lei, o que aliás o legislador fez quando estabeleceu o regime dos bens no casamento (Código civil, artigo 1107.º) e o regime das obrigações (Código comercial, artigo 4.º n.º 1.º). Quanto à forma dos actos, não há qualquer faculdade e, por isso, deve entender-se que não há possibilidade de escolha, a não ser que um preceito de lei especial assim o autorize, como acontece com o contrato de casamento, com o testamento e com os actos que sejam praticados nos consulados, de que adiante falaremos (2).

245 — IV — *Extensão.* Fixado o valor do princípio, importa medir a sua extensão, quanto às formalidades que compreende, quanto às pessoas a que se refere, e quanto aos actos que abrange.

a) *Formalidades.* O texto do artigo 24.º do Código civil e do artigo 4.º do Código comercial refere-se à *forma externa* e, por isso, exclui evidentemente as condições de validade intrínseca dos actos jurídicos (3), como são a capacidade, os vícios da vontade e a legitimidade do objecto, as quais têm o seu regime próprio, que é, ou o da lei nacio-

(1) Vide Meili, ob. cit., pág. 162; Buzzati, ob. cit., pág. 152; Von Bar, ob. cit., § 123; Rolin, ob. cit., I, pág. 361.
(2) No sentido da doutrina seguida no texto, vide: Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.º 74 e 80; Dr. Veiga Beirão, *Da letra de câmbio em direito internacional,* pág. 31; Dr. J. Alberto dos Reis, *Estudos jurídicos,* pág. 51. Em sentido contrário — *Revista dos tribunais,* XVIII, pág. 305.
(3) As condições de validade intrínseca chamavam os antigos escritores *formalidades intrínsecas* ou *viscerais,* denominando assim, como diz Merlin, as formalidades que constituem a *essência do acto,* lhe dão o ser e sem as quais não pode existir, como são, em todos os contratos, o consentimento das partes e, na venda, o objecto e o preço (Vide: Merlin, *Répertoire,* v.º *Loi,* n.º 7; Laurent, ob. cit., II, n.º 233).

nal dos agentes (capacidade) ou o da lei da relação jurídica (vícios da vontade e objecto).

Por outro lado, é manifesto que os textos se referem às *formalidades de realização* dos actos, pois dizem a *forma dos actos*, e, portanto, também evidentemente, excluem: as *formalidades habilitantes* (1), que põem os incapazes em condições de praticarem actos jurídicos, e que, por isso, são normalmente reguladas pela lei pessoal; as *formalidades de publicação*, destinadas a tornar conhecidos os actos jurídicos, a fim de que êles produzam efeitos relativamente a terceiros, as quais serão reguladas pela lei que melhor realize o fim da publicidade; e as *formalidades de execução*, que serão reguladas pela lei do lugar onde a mesma execução se verifique. Nenhumas destas formalidades entram nas formalidades de realização do acto e, portanto, não as abrange a regra *locus regit actum* (2).

Contudo, a forma externa de um acto jurídico pode exercer uma dupla função — a de forma-*prova* e a de forma-*solenidade*, segundo a forma estabelecida pela lei apenas tende à demonstração da existência do acto ou é elemento de validade do mesmo acto. E assim é que, celebrando-se por instrumento público um acto para que a lei não exige forma especial, o instrumento público é forma-prova. Mas, se a lei exigir para certos actos determinada forma, como o faz o artigo 1590.°, § 1.° do Código civil, que requere a escritura pública para a venda de imóveis de valor superior a cinqüenta escudos, a forma legal é forma-solenidade.

Daqui a questão de saber se o princípio *locus regit actum* se refere tanto à forma-prova como à forma-solenidade, ou se abrange apenas a forma-prova.

Entendemos que abrange as duas espécies de forma: 1.°) porque, prova ou solenidade, se trata sempre de forma externa, e os textos não distinguem; 2.°) porque é exactamente para a forma-solenidade que mais útil e mais necessário se torna o princípio *locus regi actum;* 3.°) porque o Código civil exceptuou da regra do artigo 24.° dois actos solenes, como são o contrato antenupcial (Código civil, artigo 1097.°) e os testamentos (Código cit., artigo 1910.° e seg.), sinal evidente de que o legislador partiu da idea de que o princípio *locus regit actum* abrange a forma-solenidade (1).

(1) As *formalidades habilitantes* consistem, em regra, em *actos de autorização* destinados a suprir a inabilidade dos incapazes. A necessidade de tais actos deve ser determinada pela lei pessoal do incapaz, que é a sua lei de protecção. Se, porém, êsses actos puderem ser praticados em país estranjeiro, a sua forma externa deve considerar-se sujeita ao princípio *locus regit actum* (Vide: Buzzati, ob. cit., pág. 105 e 106).

(2) Vide: Laurent, ob. cit., II, n.° 233; Pillet, *Principes*, n.° 255 e seg.; Lainé, ob. cit., II, pág. 329; Von Bar, ob. cit., § 121; Dreyfus, ob. cit., pág. 190 e seg.; Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.° 69; Dr. J. Alberto dos Reis, *Estudos jurídicos*, pág. 19.

b) *Pessoas.* O Código civil apenas formulou expressa e directamente o princípio para os actos de portugueses em país estranjeiro.

Contém, porém, preceitos que mostram claramente que aceitou o princípio para os actos de estranjeiros em país estranjeiro.

São os preceitos do artigo 1965.°, relativo ao testamento de estranjeiro em país estranjeiro, e o artigo 2430.°, referente aos documentos autênticos exarados em país estranjeiro.

O artigo 1965.° reconhece efeitos ao testamento de estranjeiros feito em país estranjeiro, mesmo quanto aos bens sitos em Portugal, desde que se observem as disposições da legislação do país onde for feito. É sem a menor dúvida a aplicação do princípio *locus regit actum* ao testamento de estranjeiro em país estranjeiro.

O artigo 2430.° reconhece aos documentos autênticos passados em país estranjeiro, na conformidade da lei dêsse país, a mesma fôrça probatória que aos documentos da mesma natureza exarados em Portugal; na expressão *documentos autênticos* compreendem-se evidentemente os documentos autênticos extra-oficiais, que são destinados a verificar actos jurídicos (Código civil, artigo 2423.°, § 3.°); não se faz restrição alguma quanto às pessoas que outorguem nos mesmos documentos e, portanto, os outorgantes tanto podem ser portugueses como estranjeiros; e daí o corolário de que o artigo é já uma aplicação geral do princípio *locus regit*

(1) Vide: Pillet, *Principes*, n.° 258; Von Bar, ob. cit., § 121; Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.° 79; Dr. J. Alberto dos Reis, *Estudos jurídicos*, pág. 53.

actum aos actos praticados em país estranjeiro por meio de documento autêntico.

Por outro lado, por legítima analogia, o preceito do artigo 24.º do Código civil deverá aplicar-se tanto aos actos de estranjeiros em país estranjeiro, como aos actos de estranjeiros em Portugal, e, por isso, pode afirmar-se que o Código civil admitiu o princípio *locus regit actum* sem atenção à nacionalidade das pessoas.

Mas isto, que no Código civil se inferia de disposições fragmentárias, tem no Código comercial a forma de um princípio geral.

Assim resulta da letra do n.º 3.º do artigo 4.º, o qual aceitou a regra *locus regit actum* sem a referir a nacionais ou estranjeiros.

E assim resulta também da história do mesmo artigo.

No projecto primitivo, o artigo 5.º, correspondente ao artigo 4.º do Código, tinha, quanto à forma dos actos, esta fórmula: «Os actos comerciais *praticados por estranjeiros em território nacional* serão regulados pela lei portuguesa, necessàriamente, quanto à forma do instrumento...». Semelhante fórmula foi, porém, logo modificada pela comissão revisora, a qual deu ao artigo, aproximadamente, a redacção que hoje tem no Código, desaparecendo as expressões *praticados por estranjeiros em território nacional*, sinal de que a regra de competência legislativa formulada a respeito da forma dos actos de comércio era independente da nacionalidade das pessoas e do lugar em que os actos fossem praticados.

Na câmara alta, o digno par Gonçalves de Freitas propôs que se invertesse a ordem dos artigos 4.º e 5.º, pela razão de que a disposição do artigo 4.º só podia aplicar-se na hipótese de as obrigações serem contraídas fora do país. A comissão de legislação daquela câmara não aceitou, porém, a emenda, com o fundamento de que os preceitos do artigo 4.º podem referir-se a obrigações contraídas em Portugal (1).

É, pois, certo que o princípio de que a forma externa dos actos é regulada pela lei do lugar da celebração foi reconhecido pela nossa legislação sem limitação nem de lugar nem de nacionalidade das pessoas (1).

(1) *Apêndice ao Código comercial*, pág. 682 e 812.

c) *Actos*. Como acima fica dito, a regra *locus regit actum* não constitui um princípio de direito internacional positivo obrigatório para os Estados, e daí a faculdade que estes têm de, aceitando a regra, lhe darem maior ou menor amplitude quanto aos actos por ela abrangidos.

Qual será, pois, a sua amplitude no direito português, quanto aos actos que compreende?

Um primeiro ponto nos parece certo, e é que os textos legais abrangem tanto os *actos simples* ou verbais, isto é, aqueles para que a lei não estabelece formalidades determinadas, como os *actos solenes*, isto é, aqueles cuja validade depende da prática de certas e determinadas formalidades, sem as quais o acto não existe juridicamente. Em verdade, a lei não faz qualquer distinção, e antes as suas fórmulas genéricas — *forma externa dos actos* e *actos de comércio quanto à forma externa* — indicam que ela compreende as duas espécies de actos (2). Demais, é esta a única solução coerente com a concepção do legislador. Desde que êste aceitou a regra *locus regit actum* como um princípio de competência legislativa, de carácter obrigatório, deve o mesmo princípio aplicar-se a todos os actos que o legislador não exceptue expressamente. Por fim, a fórmula empregada pelo artigo 237.º do regulamento consular — *escritos ou celebrados* — abrange claramente, na sua elasticidade, todos os actos escritos e não escritos e, dos escritos, tanto os feitos por documento autêntico como os feitos por documento particular, sinal de que o autor do regulamento deu ao Código civil e ao Código comercial a interpretação latitudinária que lhe atribuímos.

Sendo assim, não há que discutir, em face da nossa lei, se o seu preceito abrange apenas os actos celebrados por documento autêntico, ou também os celebrados por documento particular ou verbalmente. A lei de forma competente é a lei do lugar da celebração e, por isso, salvo disposição em

(1) Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 38.
(2) Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.º 78; Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 50 e 53.

contrário, é essa lei que determina se qualquer acto depende ou não de certas formalidades, e, portanto, se é *solene*, e qual a espécie de solenidade requerida, designadamente, se é exigido documento autêntico ou particular, ou se é *simples* e como poderá ser provado em juízo (1).

Também julgamos fora de dúvida que os textos compreendem os actos relativos a *bens imóveis*, isto é, os actos relativos à transmissão e constituïção de direitos reais sôbre êsses bens, diferentemente do que se dá no direito anglo-americano, no direito alemão e no direito japonês.

Em primeiro lugar, a forma de manifestação da vontade nada tem com a organização da propriedade e, por isso, pode evidentemente ser regida por uma lei diferente da *lex rei sitæ*.

Em segundo lugar, a letra do artigo 24.º do Código civil não deixa dúvidas sôbre o caso. Com efeito, êste artigo, ao mesmo tempo que diz que os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro ficam sujeitos à lei portuguesa pelo que respeita à propriedade imobiliária sita em Portugal, acrescenta que a forma dos actos será, porém, regulada pela lei do lugar da celebração, salvo disposição expressa em contrário, o que, por um lado, mostra claramente que, em princípio, a lei do lugar da celebração é competente para reger a forma dos actos respeitantes a bens imóveis, e como, por outro lado, as nossas leis não exceptuam quaisquer actos relativos aos mesmos bens, segue-se que êsses actos estão sujeitos à regra *locus regit actum* (2).

Devemos, porém, observar, desde já, que a *lex loci actus* não regula quaisquer formalidades que sejam destinadas a dar *publicidade* aos actos jurídicos relativos a bens imóveis, a fim de que êles produzam efeito, quer entre as partes, quer em relação a terceiros, como é o registo predial. Semelhantes formalidades constituem *condições* de constituïção ou de transmissão dos direitos reais, estando sujeitas à *lex rei sitæ*, como resulta do artigo 964.º do Código civil, que manda registar na respectiva conservatória portuguesa a

(1) Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.º 70; Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 50.

(2) Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 53.

hipoteca contraída em país estranjeiro sôbre bens sitos em Portugal, sem o que a hipoteca não produz os seus efeitos.

Mas, se o princípio *locus regit actum* abrange, segundo a lei portuguesa, a generalidade dos actos, *sem exclusão de certa espécie de actos*, não é absoluto, havendo excepções quanto a *actos certos e determinados*.

Estas excepções são previstas tanto pelo Código civil como pelo Código comercial, na fórmula — *salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário*.

No Código civil encontram-se duas dessas excepções, uma no artigo 1106.º, relativo à forma do *contrato antenupcial* de portugueses em país estranjeiro, que deve ser feito ou perante o agente consular português e, portanto, na forma da lei portuguesa, ou pela *forma autêntica* estabelecida nesse país; e outra no artigo 1961.º, referente ao *testamento* de portugueses em país estranjeiro, que também deve ser feito ou perante os cônsules portugueses, na forma da lei portuguesa, ou pela *forma autêntica* da lei do lugar da celebração. Nestes dois casos, dá-se o desvio do princípio *locus regit actum* no sentido de apenas se admitir a forma autêntica da lei do lugar da celebração, e não qualquer forma estabelecida por essa lei.

E a existência das duas excepções faz surgir uma questão tão interessante como delicada, a questão de saber qual a lei competente para decidir se determinada forma é ou não autêntica, se a lei portuguesa, se a lei do lugar onde o acto for praticado.

Parece, à primeira vista, que a competência pertence à lei do lugar da celebração: 1.º) porque se trata de uma questão de fórma externa, e a lei portuguesa aceitou o princípio *locus regit actum*; 2.º) porque a fórmula do artigo 1106.º do Código civil — *forma autêntica estabelecida nesse país*, quanto ao contrato antenupcial, a fórmula do artigo 1961.º do referido Código — *formulados autênticamente em conformidade da lei do país onde forem celebrados*, quanto ao testamento, e a fórmula do artigo 2430.º — *os documentos autênticos passados em país estranjeiro, na conformidade da lei dêsse país*, quanto ao valor probatório em Portugal dos documentos autênticos exarados em

país estranjeiro, parecem indicar que é a lei do lugar da celebração que determina a autenticidade do documento (1).

Cremos, porém, que a determinação da autenticidade pertence à lei portuguesa, isto é, cabe à lei portuguesa *qualificar* o acto de autêntico ou de não autêntico. Trata-se de um caso especial da teoria das qualificações.

Parece evidente que, quando o legislador português determina que o contrato antenupcial e o testamento de portugueses em país estranjeiro devem ser feitos por forma autêntica, tem da autenticidade dos documentos a noção que êle mesmo consagra, e não a noção que possa ser admitida por qualquer outro legislador, isto é, tem em vista a noção de autenticidade dada pelo artigo 2422.º do Código civil, a qual consiste em o documento ser exarado por um oficial público ou com a sua intervenção. É uma aplicação rigorosa da doutrina que seguimos acêrca dos conflitos de qualificação (2).

Mas, se é assim, que valor atribuir às citadas fórmulas dos artigos 1106.º, 1961.º e 2430.º do Código civil?

Essas fórmulas significam que os requisitos ou condições da autenticidade, isto é, o modo e grau de intervenção do oficial público, são determinados pela lei do lugar da celebração. Satisfeita a exigência da lei portuguesa, que é a intervenção do oficial público, o *modus faciendi* dessa intervenção, como a competência do oficial público, o número de testemunhas, a continuïdade do acto, etc., é regulado pela lei do lugar da celebração.

A doutrina exposta era para nós certa em face do Código civil.

Todavia, o artigo 265.º do regulamento consular de 7 de março de 1920 inseriu uma disposição que parece conduzir à solução contrária. Eis a disposição: «Os funcionários consulares nenhuma ingerência têm nos testamentos ológrafos feitos por cidadãos portugueses em países onde a lei os admite como autênticos. Quando, porém, tais testamentos, que são escritos por extenso pelo punho dos testadores e por êles assinados sem ser perante notário público nem testemunhas, e sem formalidade alguma de aprovação, sejam apresentados ao funcionário consular para legalização da letra e assinatura, proceder-se há ao reconhecimento da mesma forma e sob as mesmas condições que se acham prescritas para qualquer outro documento, sem que êste reconhecimento importe por forma alguma a aprovação do testamento».

(1) Vide nesse sentido: Dr. J. Alberto dos Reis, *Estudos jurídicos*, pág. 51, e *Das sucessões no direito internacional privado*, pág. 229.
(2) L. I, n.ºs 51 e 52.

Êste preceito obriga a verificar se, pelo menos em relação ao testamento, o regulamento consular terá interpretado autênticamente o Código civil no sentido de deixar a determinação da autenticidade dependente da lei do lugar da celebração do testamento. Essa verificação exige, porém, uma análise bastante demorada e, por isso, trataremos a questão a propósito do testamento de portugueses em país estranjeiro, considerando provisòriamente como exacta a solução de que a característica da autenticidade depende da lei portuguesa (1).

No Código comercial também havia duas excepções expressamente formuladas. Estavam estabelecidas: no artigo 516.º, relativo ao *contrato de rol da tripulação* de navios portugueses, o qual, quando feito em país estranjeiro, devia ser realizado por escrito perante o agente consular português (§ 2.º) ou, faltando êste agente, escrito e assinado no livro da navegação (§ 3.º); e no artigo 591.º, relativo ao contrato de *hipoteca sôbre navios*, o qual, quando realizado em país estranjeiro, devia ser feito por escritura lavrada pelo agente consular português (§ 1.º) ou, na falta dêste agente, por escrito, feito a bordo, entre os respectivos outorgantes, com duas testemunhas, e lançado no livro de contas (§ 2.º). Como se vê, as duas excepções do Código comercial constituíam desvios do princípio *locus regit actum* no sentido de apenas considerar competente a lei portuguesa para regular os dois contrátos a que as mesmas excepções se referem.

O Código comercial foi, porém, modificado pelo regulamento consular de 7 de março de 1920, o qual, tendo reconhecido, no corpo do artigo 237.º, nos termos já indicados,

(1) Vide: Visconde de Wildick, *Manual dos consulados*, II, pág. 60.

o princípio *locus regit actum*, determinou, no parágrafo único do mesmo artigo: «Exceptua-se da aplicação dêste artigo a escritura de hipoteca de navio português, que, em conformidade do artigo 591.°, §§ 1.° e 2.°, do Código comercial, será lavrada pelo funcionário consular ou, na falta dêste, constituída por escrito feito a bordo, com duas testemunhas, e lançado no livro de contas». Êste preceito já mostra que o regulamento consular quis modificar o Código comercial quanto ao rol da equipagem. E o artigo 339.° do mesmo regulamento indica o sentido em que foi feita a modificação. Êsse artigo determina que o rol da equipagem deve ser lavrado pelo funcionário consular, sem permitir a alternativa que se lia no Código comercial para o caso de não haver aquele funcionário, donde deve concluir-se que hoje o contrato do rol da equipagem de navios portugueses, feito em país estranjeiro, só pode ser feito nos consulados ou vice-consulados portugueses. Hoje, portanto, não só é exclusivamente competente a lei portuguesa para reger a forma do contrato, mas a competência, em país estranjeiro, pertence ùnicamente aos funcionários consulares portugueses.

Além das quatro excepções apontadas, ainda importa verificar se deverá considerar-se existente uma quinta, estabelecida pelo artigo 242.° do Código do registo civil, fundamentalmente reproduzido no artigo 169.° do regulamento consular vigente, cuja letra é: «Os registos dos casamentos de portugueses celebrados no estranjeiro perante autoridades estranjeiras serão transcritos em Portugal, à vista dos documentos legalmente necessários, quando não contrariarem os princípios do direito público português, dentro de três meses depois de celebrados, ou dentro de trinta dias contados do regresso de ambos ou, pelo menos, de um dos cônjuges ao país, sob pêna de não produzirem em Portugal efeitos alguns».

Em face dêste preceito, importa investigar se êle deve ser interpretado no sentido de que o casamento de portugueses em país estranjeiro só produz efeitos em Portugal quando for celebrado *perante autoridades* e, portanto, quando resultar de um *acto oficial*, não tendo valor o casamento *acto privado*, e se, por isso, só é legítima a forma do casamento quando for uma *forma oficial* ou *autêntica*, não

valendo a *forma privada* e, assim, determinar se tal preceito representa mais um desvio do princípio *locus regit actum*. Semelhante investigação prende-se, porém, com o regime do casamento de portugueses em país estranjeiro e, por isso, a ela procederemos quando estudarmos êsse regime.

246 — Sempre que um acto jurídico deva revestir a forma autêntica, exige a intervenção de um oficial público e, por isso, o estudo do regime jurídico internacional da forma externa dos actos supõe a resolução de um problema de *conflitos de jurisdições*, que consiste em determinar qual o oficial público competente para exarar o acto ou nele intervir.

Para a solução do problema, pode estabelecer-se o princípio de que a competência pertence ao oficial público do país cuja lei é competente para reger a forma do acto. É um caso típico de dependência específica da competência da jurisdição da competência da lei (1).

O princípio tem clara aplicação quando se aceite pura e simplesmente a regra *locus regit actum*. Atribuída competência à lei do país da celebração, é esta lei que determina se há necessidade da intervenção de um oficial público e, sendo necessária, a competência pertencerá evidentemente aos oficiais públicos do mesmo país. É de primeira intuïção.

Ainda é clara a aplicação do princípio quando se atribua competência para reger a forma externa dos actos à lei reguladora da respectiva relação jurídica, como fazem a lei alemã e a lei japonesa, exclusivamente, para os actos de constituïção ou transmissão de direitos reais e, cumulativamente com a *lex loci*, quanto aos demais actos jurídiços. A competência pertence ao oficial público do país cuja lei for competente para reger a relação jurídica.

Se, porém, se aceitar a doutrina de que a forma *genérica* do acto (forma autêntica ou simples forma particular) é determinada pela lei da relação jurídica, mas que a forma dos instrumentos públicos é regida pela lei do lugar onde são exarados, a competência pertence aos oficiais públicos do

(1) L. t, n.° 182.

país da celebração. É neste sentido que devem entender-se os preceitos do tratado de Montevideo (artigos 32.° e 39.°).

Pelo que respeita ao direito português, a doutrina a estabelecer, em face das considerações que ficam feitas, é a seguinte: *a*) nos casos em que é aceito em geral o princípio *locus regit actum*, é competente o oficial público do país da celebração; *b*) na hipótese de apenas se aceitar determinada forma da lei do país da celebração, a competência ainda pertence ao oficial público dêsse país; *c*) quando se mandam praticar certos actos nos consulados portugueses ou a bordo dos navios portugueses, a competência pertence aos oficiais públicos portugueses (Código comercial, artigo 591.°, § 2.°; Regulamento consular, artigo 339.° e seg.).

As considerações feitas referem-se à *competência internacional*.

Relativamente, porém, à intervenção dos oficiais públicos na prática de actos jurídicos há que considerar também a *competência interna*, que reveste as duas formas de *competência territorial* e de *competência especial*, entendendo-se pela primeira a competência que é delimitada por *certa área territorial*, como acontece entre nós com os notários, que, em regra, apenas podem praticar actos notariais dentro da respectiva comarca (Decreto n.° 5625, de 10 de maio de 1919, artigo 26.°), e entendendo-se pela segunda a competência limitada a *certos actos* (v. g. os respeitantes às câmaras municipais — Código administrativo, de 4 de maio de 1896, artigo 109.°).

É fora de dúvida que a competência interna, tanto territorial como especial, deve ser determinada pela lei do país a que pertencem os respectivos oficiais públicos, pois o poder de jurisdição de um oficial público de um país em relação aos outros oficiais públicos do mesmo país só pode ser determinado pela lei dêsse país.

Mas ainda deverá determinar-se pela mesma lei o *valor* da referida competência? Assim, se o oficial público que exarou um documento era territorialmente incompetente e se, perante a lei do respectivo país, de tal incompetência resultar a nulidade do acto, poderá esta nulidade ser alegada perante os tribunais de um país segundo cuja lei se não daria a nulidade do acto?

O que dá lugar à questão é a doutrina que defendemos acêrca do valor da *incompetência interna* do tribunal estranjeiro, a propósito do valor em Portugal das sentenças proferidas por tribunais estranjeiros (1), pois sustentámos que a incompetência interna do tribunal estranjeiro era irrelevante para o efeito da confirmação da sentença.

A nosso ver, a questão deve ser resolvida no sentido de que à incompetência interna do oficial público estranjeiro deve dar-se o valor que lhe atribuir a lei do respectivo país.

Por um lado, a competência da jurisdição depende da competência da lei e, por isso, se a lei competente para reger a forma externa do acto praticado apenas atribuir competência a certo ou certos oficiais públicos e o acto tiver sido exarado por quaisquer outros, deve o acto considerar-se viciado pela *irregularidade* que tal lei lhe atribuir e, portanto, considerar-se nulo, se a irregularidade for a nulidade.

Por outro lado, não se dão aqui as razões que, em matéria de sentenças estranjeiras, nos conduziram a considerar irrelevante a incompetência do tribunal estranjeiro e que são fundamentalmente duas: a impossibilidade de o tribunal do *exequatur* poder conhecer do fundo da questão, sendo certo que, para avaliar a competência em razão da matéria, se torna muitas vezes necessário apreciar o fundo da questão; e a circunstância de a nossa lei exigir que a sentença tenha transitado em julgado e, segundo o direito português, o trânsito em julgado sanar tanto a incompetência em razão das pessoas como a incompetência em razão da matéria.

Em verdade, o tribunal português, perante um simples documento estranjeiro, pode apreciá-lo sob todos os pontos de vista, e a intervenção de um oficial público representa, não a interposição da autoridade de caso julgado, mas a *verificação* de um acto jurídico, que os tribunais podem apreciar livremente.

247 — Conhecido o princípio aceito pela lei portuguesa acêrca da lei reguladora da forma externa dos actos e determinados os carácteres com que êle se apresenta no nosso direito, importa considerar a questão delicada da concor-

(1) L. I, n.° 205.

rência da nossa regra de conflitos com regras diferentes estabelecidas noutras legislações. Suponhamos, por exemplo, que um alemão faz em Portugal um testamento ológrafo, o qual é permitido pela lei alemã (código civil, artigo 2231.º e 2247.º), mas que a lei portuguesa não reconhece. Segundo a regra de conflitos da lei portuguesa — *locus regit actum*, o testamento seria nulo, mas, segundo a regra de conflitos da lei alemã, o testamento seria válido, pois, em harmonia com o artigo 11.º da lei de introdução do Código civil alemão, a lei *competente* para reger a forma de um acto jurídico é a lei competente para reger a relação jurídica que pelo acto se constitui, a lei reguladora da sucessão é a lei nacional do autor da herança, e esta lei admite, como se disse, o testamento ológrafo.

Dá-se aqui manifestamente um conflito de regras de direito internacional privado, o que se repetirá sempre que, segundo o princípio *locus regit actum*, admitido pela lei portuguesa, o acto for formalmente válido ou nulo e, segundo a regra de conflitos das leis de forma aceita por outra legislação, a sorte do acto fôr diferente.

Para resolver tais conflitos, os tribunais portugueses apenas devem aplicar a regra de conflitos das leis de forma do direito português, isto é, verificar se o acto reveste ou não a forma da lei do lugar da celebração, pela razão, já por mais de uma vez aduzida, de que as regras de direito internacional privado formuladas pelo legislador de um país representam para os seus tribunais o verdadeiro direito internacional, sendo como se não existissem as regras de direito internacional privado formuladas pelos outros legisladores (1).

E esta doutrina deve considerar-se consignada no artigo 1965.º do Código civil, o qual manda atribuir efeitos em Portugal ao testamento feito por estranjeiro em país estranjeiro, desde que se observem as disposições da lei do lugar da celebração, o que indica claramente que o legislador quis que se aplicasse o princípio *locus regit actum*, independentemente do que pudesse estabelecer a lei nacional do testador ou qualquer outra lei.

(1) L. 1, n.os 20, 156, 182, 183, 205 e 208.

Sendo assim, fora das excepções ao princípio *locus regit actum* estabelecidas pela lei portuguesa, nenhumas outras deverão ser reconhecidas, a não ser que se encontrem consignadas em tratados.

Entre Portugal e as potências apenas existe um tratado que consigne excepções. É a convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sôbre os efeitos do casamento quanto às relações entre os cônjuges, que, no artigo 6.º, contém êste preceito: «A convenção nupcial é válida quanto à forma, se foi outorgada em conformidade, quer da lei do país em que foi feita, quer da lei nacional de cada um dos futuros cônjuges na ocasião da celebração do casamento, ou ainda, no caso de ter sido outorgada na constância do matrimónio, em conformidade da lei nacional de cada um dos cônjuges. Quando a lei nacional de um dos futuros cônjuges ou, no caso de a convenção ser outorgada na constância do matrimónio, a lei nacional de um dos cônjuges exigir, como condição de validade, que a convenção, pôsto que outorgada em país estranjeiro, tenha uma forma determinada, assim se observará».

Ao lado do princípio *locus regit actum*, e modificando-o, a convenção admitiu, assim, a competência da lei nacional, tanto para reconhecer a forma por ela estabelecida, como para tornar efectiva a sua exigência de uma forma determinada (1).

248 — Relacionada com a forma dos actos anda a questão da língua em que devem ser escritos os respectivos documentos, quando os actos sejam reduzidos a escrito?

(1) Cumpre observar que sistema semelhante seguiu a convenção de 17 de junho de 1905, relativa às sucessões, cujo artigo 3.º faculta ao testador testar pela forma da sua lei nacional ou pela forma da lei local, e manda respeitar a exigência da lei nacional que imponha uma forma determinada ao testamento feito em país estranjeiro. Semelhante convenção não foi, porém, ainda ratificada por nenhum dos Estados contratantes e, por isso, ainda não são obrigatórias as suas disposições.

Em harmonia com a doutrina sustentada no texto e porque a convenção da Haia sôbre sucessões não chegou a ser ratificada, entendemos que seguiu doutrina errónea o acórdão do Supremo tribunal de justiça de 19-V-1911 (*Col.*, X, pág. 169), o qual considerou válido um testamento ológrafo feito em Portugal por uma senhora de nacionalidade alemã, com o fundamento de tal forma testamentária ser admitida pela lei alemã, sendo, por isso, com razão que o mesmo tribunal revogou, sôbre embargos, aquela decisão, no acórdão de 29-V-1912 (*Col.*, XI, pág. 190).

Para expormos os preceitos da lei portuguesa sôbre o assunto, quanto aos documentos exarados em Portugal ou perante oficiais públicos portugueses, temos de fazer distinção entre documentos autênticos extra-oficiais e documentos particulares:

1.º) *Documentos autênticos extra-oficiais.* Estes documentos devem ser escritos em português (Decreto de 14 de setembro de 1900, artigo 74.º), com excepção apenas dos exarados nas legações ou nos consulados portugueses, que poderão deixar de ser exarados na língua portuguesa (Reg. cons., artigos 244.º, 245.º e 700.º), como veremos, quando tratarmos da competência notarial dos agentes diplomáticos e consulares portugueses (1).

Pode, porém, acontecer que algum ou alguns dos outorgantes não conheçam a língua portuguesa, e, em tal caso, os decretos sôbre o notariado, de 14 de setembro de 1900 e n.º 5625, de 10 de maio de 1919, regularam o assunto do modo seguinte: α) quando algum ou alguns dos outorgantes não conhecerem a língua portuguesa, intervirão intérpretes escolhidos por êles, que transmitirão a declaração da vontade ao notário e a tradução do documento aos outorgantes (Decreto de 1900, artigo 74.º, § 1.º); β) o original português deverá ser acompanhado de tradução ou traduções feitas pelos intérpretes na língua ou línguas que os outorgantes falarem (artigo citado, § 2.º); γ) os intérpretes poderão servir de amanuenses *ad hoc* (Decreto n.º 5625, artigo 23.º, § 1.º); δ) o original e a tradução serão escritos ao lado um do outro, dividindo-se as páginas, para êste efeito, em colunas, e ambos serão assinados nos termos gerais (Decreto de 1900, artigo citado, § 3.º).

2.º) *Documentos particulares.* Em regra, estes documentos quando feitos em Portugal, podem ser escritos em qualquer língua. Assim resultava já do facto de não se prescrever que sejam escritos em português e do preceito do artigo 686.º do Código civil, onde se dispõe que a validade dos contratos não depende de formalidade alguma externa que não seja prescrita na lei, e assim foi estabelecido pelo artigo 96.º do Código comercial, onde se determina que os títulos comerciais serão válidos qualquer que seja a língua em que forem

(1) Infra, n.º 250.

exarados, preceito aplicável, por analogia, aos *títulos civis*, que não sejam documentos autênticos.

Existe, porém, uma excepção à regra. É a estabelecida pelo decreto de 21 de outubro de 1907, relativo à indústria de seguros, cujo artigo 53.º declara que serão escritas em português as apólices de seguros respeitantes a Portugal, bem como os relatórios das operações realizadas neste país, apólices passadas ou relatórios feitos pelas companhias autorizadas a exercer em Portugal a indústria dos seguros.

249 — Para que um documento exarado em país estranjeiro seja válido, basta que se observem as formalidades estabelecidas pela lei do lugar em que for feito, mas isso não é bastante para que produza efeitos em Portugal.

Para isso precisa, em regra, de ser legalizado, e de ser traduzido quando escrito em língua estranjeira.

a) *Legalização.* Declara o artigo 213.º do Código de processo civil que os documentos exarados por autoridades estranjeiras só terão validade quando estiverem visados pelo funcionário diplomático ou consular português na respectiva nação e reconhecida a assinatura dêste no ministério dos negócios estranjeiros. Por seu lado, o artigo 238.º do regulamento consular dispõe: «Em regra, para que os documentos a que se refere o artigo antecedente (documentos exarados em país estranjeiro em harmonia com a lei do lugar da celebração do respectivo acto) façam fé em Portugal e seus domínios, deverão ser legalizados pelo competente funcionário consular português. § 2.º. A legalização consular de que trata êste artigo consiste no reconhecimento, feito segundo as regras prescritas na secção V dêste capítulo, da assinatura da autoridade que expediu o documento ou da pessoa que o firmou, ou do notário que nele interveio».

Estes preceitos indicam-nos já a *necessidade* da legalização dos documentos exarados em país estranjeiro, quer por autoridades ou oficiais públicos estranjeiros ou com a sua intervenção, quer por simples particulares, já o *processo* de a realizar.

1.º) *Necessidade.* O Código de processo civil indica a necessidade da legalização de um modo geral e o regulamento consular diz que a legalização é *em regra* necessária. A dou-

trina é, porém, a mesma, e consiste em que a legalização é *em princípio* necessária para que os documentos estranjeiros produzam efeitos em Portugal.

O princípio comporta, todavia, excepções.

Em primeiro lugar, pode a legalização ser dispensada por qualquer disposição expressa de lei. No momento actual, não conhecemos disposição alguma nesse sentido.

Em segundo lugar, pode essa dispensa ser estatuída em qualquer acôrdo, tratado ou convenção. Neste sentido, citaremos os acordos por troca de notas entre Portugal e o Brasil, de 29 e 31 de agosto de 1895, e entre Portugal e a Espanha, de 7 de julho de 1903, isentando de legalização consular as cartas rogatórias transmitidas pela via diplomática (1).

Em terceiro lugar, poderão certamente dispensar-se, em geral, de legalização os documentos que venham oficialmente pela via diplomática, pois que êste meio de transmissão garante a autenticidade dos mesmos documentos. Nestes termos, deverão considerar-se isentas de legalização as sentenças de condenação em custas cuja execução for pedida pela via diplomática, em harmonia com o artigo 18.º da convenção da Haia, de 17 de julho de 1905, sôbre o processo civil, e bem assim as cartas rogatórias que sejam recebidas pela via diplomática, qualquer que seja o país da sua proveniência.

2.º) *Processo.* Um elemento regra, e quási constante, na legalização é o *reconhecimento*, pelo agente diplomático ou consular português no país onde for exarado o documento, da assinatura da autoridade que expediu o documento, ou do particular que o firmou, ou do notário que nele interveio (Código de processo civil, artigo 213.º; Regulamento consular, artigo 238.º e 292.º) (2).

Não basta, porém, o reconhecimento pelo agente diplomático ou consular competente. É necessário que a assinatura dêste seja reconhecida por uma autoridade portuguesa

Quanto aos documentos que tenham de produzir os seus efeitos no continente e nas ilhas adjacentes, êste reconhecimento deve ser feito no ministério dos negócios estranjeiros (Código de processo civil, artigo 213.º; decreto de 26 de maio de 1911, artigo 8.º, § 2.º, 10.º, § 2.º, n.º 7.º; decreto n.º 7899, de 12 de dezembro de 1921, artigo 20.º, alínea *k*); regulamento consular, artigo 238.º).

Quanto aos documentos que tenham de produzir efeitos nas províncias ultramarinas, determinava o decreto n.º 3403, de 28 de setembro de 1917, generalizando a todas as colónias o que tinha sido feito para algumas, que o reconhecimento das assinaturas dos cônsules e dos agentes consulares portugueses *poderia* ser feito pelos secretários dos governos das referidas províncias, quanto aos documentos que tivessem de produzir efeitos nas mesmas províncias (1).

O preceito do decreto de 1917 foi, porém, substituído pelo artigo 238.º e § 1.º do regulamento consular, assim redigidos: «Art. 238.º Em regra, para que os documentos a que se refere o artigo antecedente façam fé em Portugal e seus domínios, deverão ser legalizados pelo competente funcionário consular português, cuja assinatura terá de ser reconhecida no ministério dos negócios estranjeiros. § 1.º As assinaturas dos funcionários consulares portugueses na África do Sul, em Zanzibar e na India inglesa em documentos destinados a terem efeito na Província de Moçambique podem ser reconhecidos pelo secretário geral da mesma província; as dos funcionários consulares em Singapura, em Hong-Kong e nas Indias Neerlandesas podem ser reconhecidas pelo secretário geral da Província de Timor em documentos que tenham de produzir efeito em Timor e suas depe ndências; asdos funcionários consulares portugueses na India Inglesa, em documentos destinados a produzir efeito na India Portuguesa, podem ser reconhecidas pelo secretário geral do govêrno da India».

É manifesto que êste preceito do regulamento consular

(1) *Nova colecção de tratados*, X, pág. 31, e XI, pág. 299.

(2) O agente diplomático ou consular português pode reconhecer a assinatura, tanto de uma autoridade local estranjeira, como de um agente diplomático ou cônsul estranjeiro que exerça as suas funções dentro da circunscrição onde o agente diplomático ou consular português tem jurisdição. Assim é de razão, assim resultava dos termos genéricos do artigo 213.º do Código de processo civil, assim o decidiu o acórdão da Relação de Moçambique de 25 de outubro de 1911 (*Col.*, VIII, pág. 140), e assim o estabeleceu o § 1.º do artigo 292.º do regulamento consular, que diz claramente que o reconhecimento ou legalização consular pode ser de *assinaturas de cônsules estranjeiros da circunscrição consular*.

(1) Vide: Decreto 4-VIII-1881, artigo 13.º; Decreto 4-I-1906; Portarias de 16-VIII-1902 e 31-VIII-1903.

regulou de nôvo a matéria que era regulada pelo artigo 1.º do decreto 3403, restringindo a sua disposição e, por isso, deve entender-se que o decreto ficou nessa parte revogado.

Sendo assim, as assinaturas dos agentes consulares portugueses só poderão deixar de ser reconhecidas no ministério dos negócios estranjeiros nos casos taxativamente marcados no § 1.º do artigo 238.º do regulamento consular.

Como disposição especial para as províncias ultramarinas, cumpre também mencionar o decreto de 21 de novembro de 1910, que deu competência ao secretário do govêrno da India para reconhecer a assinatura do cônsul inglês em Mormugão.

Ainda importa observar que, tratando-se de documentos exarados por cônsules estranjeiros em Portugal, o reconhecimento da sua assinatura poderá ser feito pelos notários portugueses, nos termos gerais. É na sua qualidade de notários que os cônsules portugueses em país estranjeiro têm competência para reconhecer a assinatura de autoridades estranjeiras (Reg. consular, artigo 238.º e 242.º, g)) e, por isso, é manifesto que os notários portugueses devem estar para com os cônsules estranjeiros residentes em Portugal na mesma situação em que os cônsules portugueses residentes em país estranjeiro estão para com as autoridades estranjeiras. Nem de outro modo poderia ser reconhecida a assinatura dos cônsules estranjeiros residentes em Portugal, visto cá não poderem funcionar cônsules portugueses.

E esta doutrina tem hoje a apoiá-la o § 1.º do artigo 292.º do regulamento consular, quando atribui competência aos cônsules portugueses para reconhecer as assinaturas dos cônsules estranjeiros da sua circunscrição, pois é evidente que essa competência lhes é reconhecida na sua qualidade de notários e que os notários portugueses estão, relativamente aos cônsules estranjeiros residentes em Portugal, numa situação semelhante àquela em que se encontram os cônsules portugueses a respeito dos cônsules estranjeiros residentes na circunscrição consular (1).

(1) Vide: Dias Ferreira, *Código do processo civil anotado*, pág. 290. Importa notar que o juiz de primeira instância Dr. Joaquim de Melo Ribeiro, em sentença confirmada pelo acórdão da Relação de Ponta Delgada de 8 de julho de 1882 (*R. Trib.*, II, pag. 94) decidiu que os documentos escritos em português por cônsules estranjeiros residentes em Portugal precisam de ser legalizados no ministério dos negócios estranjeiros. Semelhante doutrina é inaceitável. A sentença e o acórdão esqueceram-se de que o ministério dos estranjeiros tem competência para reconhecer a assinatura dos cônsules portugueses, mas não a dos cônsules estranjeiros.

Por último, notaremos que, na hipótese de não haver agente diplomático ou consular português no país onde for exarado o documento, para não privar os interessados de poderem provar em juízo ou fora dele os seus direitos, deve seguir-se a prática aconselhada por Von Bar (1) de considerar suficiente a chancela do soberano ou chefe do Estado local.

b) *Tradução.* Referindo-se aos documentos escritos em língua estranjeira, determina umas vezes a lei que êles devem ser traduzidos, e dispensa outras vezes a tradução, pelo que importa assentar doutrina, tanto acêrca da necessidade da tradução, como acêrca da competência para a fazer, quando necessária.

1.º) *Necessidade da tradução.* O artigo 213.º do Código de processo civil, ao mesmo tempo que exige a legalização dos documentos estranjeiros, exige a tradução dos escritos em língua estranjeira, nestes termos: «Os documentos escritos em língua estranjeira só poderão ser atendidos quando vierem acompanhados de tradução autenticada pelo cônsul da nação respectiva...».

Esta doutrina foi modificada, quanto ao processo comercial, pelo artigo 30.º do código de processo comercial, onde se estabelece êste preceito: «Os documentos escritos em língua estranjeira serão admitidos em juízo independentemente de tradução, podendo, porém, o juiz mandar traduzi-los, por peritos da sua escolha, *ex officio*, a requerimento de parte, ou por indicação de algum jurado, se assim o julgar necessário».

Em face dêstes textos, pode assentar-se como certa a seguinte doutrina: 1.º) para poderem ser atendidos nos tribunais civis, os documentos escritos em língua estranjeira devem ser traduzidos em português, e a sua tradução tem de ser devidamente legalizada (2); 2.º) no juízo comercial,

(1) Ob. cit., § 397.

(2) Importa notar que, por virtude de tratado, mesmo para ser apresentados aos tribunais civis, pode deixar de ser necessária a tradução dos documentos, ou pode deixar de ser feita em português. No primeiro sentido, é o acórdo por troca de notas com a Espanha, de 7 de julho de 1903, que dis-

os documentos escritos em língua estranjeira podem ser atendidos independentemente de tradução.

Mas nos tribunais que não sejam civis ou comerciais, e nas repartições públicas que não sejam tribunais, qual será o princípio a seguir, será o da necessidade ou o da desnecessidade de tradução?

Parece-nos que o princípio a seguir é o da necessidade de tradução, quando esta não seja dispensada pela lei.

Quanto aos tribunais que não são civis ou comerciais, a doutrina é manifesta. Os tribunais civis são os *tribunais comuns*, isto é, os tribunais *regra*, e, por isso, os princípios a seguir perante êsses tribunais devem ser observados perante quaisquer outros tribunais, quando a lei não regule determinado assunto a respeito dos mesmos tribunais.

Quanto às repartições públicas que não são tribunais, também a doutrina é de fácil demonstração.

O preceito do artigo 213.º do Código de processo civil, que exige a tradução dos documentos escritos em língua estranjeira, em vez de uma simples regra de processo, é antes um princípio geral de direito, cujo assento melhor ficaria no Código civil, na parte respeitante à prova documental. Mas o facto de o preceito se ler no Código de processo não lhe tira o carácter de generalidade, devendo considerar-se incluído entre os preceitos com que o Código de processo civil completou a lei civil.

Contra esta doutrina, poderia dizer-se que alguns diplomas especiais, como o regulamento de registo comercial de 15 de janeiro de 1888 (artigo 39.º, § 3.º), o regulamento

pensou de tradução as rogatórias, salvo quando a autoridade rogada ou as repartições públicas a que tenham de ser apresentadas julguem indispensável a tradução para a compreensão do respectivo texto; e, no segundo sentido, eram os acordos entre Portugal e a Hungria e entre Portugal e a Austria, respectivamente de 13 de julho de 1913 e de 18 de junho de 1911, em que se estipulava que os pedidos de notificação, as cartas rogatória se as sentenças de condenação em custas, a que se referem os artigos 1.º, 10.º e 19.º da convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sôbre o processo civil, podiam ser redigidos quer na língua da autoridade requerida, quer em língua francesa, ou acompanhados de tradução numa destas línguas. Os referidos acordos com a Hungria e com a Austria eram, porém, convenções complementares da convenção da Haia, de 17 de julho de 1905, sôbre processo civil e, por isso, tiveram o destino desta convenção, cuja vigência não foi restabelecida pelos tratados de paz com aqueles dois países, quanto às suas relações com a França, Portugal e Ruménia (tratado de paz com a Austria, artigo 238.º; tratado de paz com a Hungria, artigo 221.º).

do registo predial de 20 de janeiro de 1898 (artigo 120.º, § 4.º), o decreto sôbre a indústria dos seguros de 21 de outubro de 1907 (artigo 52.º, § único) e o código do registo civil de 11 de fevereiro de 1911 (artigo 99.º), exigem a tradução em português dos documentos escritos em língua estranjeira, o que parece mostrar que, ao formular tal exigência, o legislador partiu do princípio de que, em regra, a tradução não era necessária.

A interpretação dos diplomas citados, ou de quaisquer outros no mesmo sentido, deve, porém, ser outra. Semelhantes diplomas apenas *aplicam* a casos especiais o princípio geral estabelecido no artigo 213.º do Código de processo civil. A doutrina oposta sòmente poderia inferir-se por argumento *a contrario sensu*, que nunca é legítimo para destruir um princípio geral expressamente formulado na lei (1).

A doutrina que acabamos de sustentar é confirmada pelo § 5.º do artigo 309.º do regulamento consular, onde se diz: «Quando lhe for pedida a tradução ou a legalização da tradução de qualquer documento para a língua portuguesa, advirtirá ao interessado o funcionário consular que, salvo o disposto no artigo 25.º (2) do Código de processo comercial, segundo a lei portuguesa, só podem ser atendidos em juízo os documentos escritos em língua estranjeira, quando acompanhados de tradução autênticada pelo cônsul da nação respectiva, devendo, na falta dêste, ser a tradução feita por perito».

As considerações que ficam feitas apenas podem aplicar-se inteiramente aos documentos escritos em língua estranjeira que seja uma *língua viva*. Podem, porém, existir documentos escritos em *línguas mortas* e, por isso, importa verificar se precisam de ser traduzidos e, no caso afirmativo, como deve ser feita a tradução.

A questão já foi ventilada nos tribunais a propósito dos documentos escritos em *latim*, decidindo o acórdão da Relação de Lisboa, de 14 de setembro de 1896 (3), que tais documentos não precisam de ser traduzidos, não estando sujeitos

(1) Vide: Dr. Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 48, nota (1).

(2) É o artigo 30.º do código vigente, de 14 de dezembro de 1905. O autor do regulamento consular teve em vista o código de 13 de maio de 1896, onde o preceito se lia no artigo 25.º.

(3) *Gazeta da Relação de Lisboa*, x, pág. 180.

ao artigo 213.º do Código de processo civil, pela razão de que os juízes portugueses têm obrigação de conhecer a língua latina.

Quanto a qualquer outra língua morta, ainda a questão, que nós saibamos, não foi discutida.

Qual, pois, a solução geral a adoptar?

Para quaisquer línguas mortas que não seja o latim, duas coisas são certas: *primeira*—que a tradução não pode ser feita, nem pelos cônsules portugueses, nem por qualquer cônsul estranjeiro, não tendo, portanto, aplicação, nem o corpo do artigo 213.º do Código do processo civil, nem o artigo 309.º do regulamento consular; *segunda*—que os tribunais e autoridades não têm obrigação de conhecer essas línguas.

Sendo assim, os documentos nelas escritos precisam de ser traduzidos. Quem deverá, porém, fazer a tradução?

Não há que hesitar. Deve aplicar-se o § único do artigo 213.º do Código de processo civil, o qual determina que, na falta de cônsul da respectiva nação, a tradução deve ser feita por peritos.

Ao formular êste preceito, o legislador apenas pensou nas línguas vivas, mas a analogia é tão flagrante, que a doutrina tem de aplicar-se aos documentos escritos em línguas mortas.

E, em nosso entender, o preceito do § único do artigo 213.º aplica-se mesmo aos documentos escritos em latim: 1.º) porque o artigo 213.º não faz distinção alguma entre os documentos escritos em línguas estranjeiras cujo estudo é obrigatório nas escolas portuguesas e os escritos em qualquer outra língua; 2.º) porque os documentos escritos em latim podem ser apresentados perante juízes ou autoridades a quem não tenha sido exigido o estudo da língua latina.

Como nota final, ainda observaremos que os documentos escritos em língua estranjeira não precisarão de ser traduzidos se, por qualquer motivo, a língua em que estiverem escritos for considerada oficial no tribunal ou repartição em que êles forem apresentados. Foi assim que o acórdão da Relação de Goa, de 24 de setembro de 1907 (1), decidiu que, em Macau, o chinês não é língua estranjeira para o efeito do artigo 213.º do Código de processo civil.

(1) *Colecção*, IV, pág. 282.

a) *Competência para fazer e legalizar a tradução.* Segundo o artigo 213.º do Código de processo civil, o artigo 30.º do Código de processo comercial e o artigo 241.º, § único *b*), do regulamento consular, a tradução pode ser feita: 1.º) por qualquer pessoa e autenticada pelo cônsul da respectiva nação em Portugal (Código de processo civil, artigo 213.º); 2.º) por peritos, perante o tribunal português (Código de processo civil, artigo 213.º, e Código de processo comercial, artigo 30.º); 3.º) pelo cônsul português na respectiva nação, ou por outra pessoa e legalizada pelo cônsul, certificando êste a sua exactidão (Regulamento consular, artigo 241.º, § único *b*), e 309.º, n.ºs 1.º e 2.º).

O regulamento consular ainda prevê, no n.º 3.º do artigo 309.º, o caso de a tradução ser feita por perito ajuramentado perante tribunais ou repartições públicas estranjeiras, dando competência ao cônsul para reconhecer a assinatura do perito, com a declaração da qualidade oficial do tradutor. Declara, porém, no § 4.º do mesmo artigo, que o reconhecimento da assinatura do perito ajuramentado não certifica o da fidelidade da tradução, não implicando, por isso, a responsabilidade do funcionário consular, e, portanto, semelhante espécie de tradução não pode satisfazer à exigência legal da tradução dos documentos escritos em língua estranjeira.

A impossibilidade da existência de cônsul em Portugal para fazer a tradução, quando se trate de uma língua morta, como a língua latina, não é, como dissemos, motivo para que os documentos não precisem de tradução. É simplesmente um caso de recurso à intervenção de peritos.

250—O princípio *locus regit actum* tem, segundo dissemos, carácter obrigatório, mas não obsta a que os cônsules portugueses em país estranjeiro e os cônsules estranjeiros em Portugal exerçam funções notariais, relativamente aos seus nacionais ou relativamente aos actos que devam produzir os seus efeitos no respectivo país, e a que os cônsules, nos actos que praticam como notários, apliquem as leis de forma do Estado que representam.

As funções notariais dos cônsules pertencem, com efeito, ao número das funções consulares mais geralmente reconhe-

cidas, e ninguém discute que, nos actos em que intervêm, os cônsules devem observar as leis de forma do seu país (1).

a) *Cônsules portugueses em país estranjeiro.* As leis portuguesas conferem expressamente funções notariais aos cônsules portugueses (Código civil, artigos 1106.º e 1962.º a 1964.º; Código comercial, artigo 516.º, § 2.º, e 591.º, § 1.º), havendo até no regulamento consular um capítulo intitulado — *Notariado consular*, definindo o artigo 241.º dêsse regulamento a competência notarial dos cônsules nestes termos genéricos:

«Aos funcionários consulares compete, em virtude do artigo 236.º dêste regulamento:

a) Lavrar escrituras ou instrumentos outorgados por súbditos portugueses ou entre portugueses e estranjeiros, e também as escrituras que, embora outorgadas entre estranjeiros, tiverem de produzir os seus efeitos em território português;

b) Exarar testamentos públicos e aprovar testamentos cerrados de portugueses;

c) Lavrar protestos extra-judiciais e todos os outros instrumentos ou documentos autênticos extra-oficiais, ou intervir na sua constituïção;

d) Registar em livros próprios quaisquer documentos *ex officio*, ou a requerimento das partes;

e) Passar traslados, públicas-formas e extratos fieis de documentos;

f) Passar certificados de vida, de identidade, de desempenho de cargos públicos ou da existência de actos notariais;

g) Autorizar ou legalizar quaisquer documentos por via de reconhecimento;

h) E, em geral, exercer as demais atribuïções dos notários públicos em todos os actos extra-judiciais que careçam de certeza e autenticidade».

Em que língua deverão ou poderão, porém, ser exarados pelos cônsules portugueses os actos notariais?

O regulamento consular de 24 de dezembro de 1903 dispunha, no corpo do artigo 100.º: «As escrituras públicas devem ser, pelo funcionário consular, redigidas com clareza

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 167.

na língua de que tanto êle como os outorgantes e as testemunhas tenham cabal conhecimento».

Em face dêste preceito, era evidente que os documentos exarados pelos cônsules podiam ser redigidos em *qualquer língua*.

O preceito do regulamento de 1903 foi reproduzido, quási textualmente, na primeira parte do artigo 245.º do regulamento vigente, onde se diz: «As escrituras ou os instrumentos devem ser, pelo funcionário consular, redigidos com clareza e concisão na língua de que tanto êle como os outorgantes e as testemunhas tenham cabal conhecimento, a fim de não serem susceptíveis de diversas interpretações...»

Contudo, a par com êste preceito, inseriu o mesmo regulamento as disposições dos artigos 244.º, § 1.º, e 700.º, que importa coordenar com o referido artigo 245.º, para o efeito de determinar a doutrina sancionada pelo regulamento.

Eis essas disposições: «Art. 244.º As escrituras, ou instrumentos e outros quaisquer actos notariais podem ser escritos pelo punho do funcionário consular, ou por qualquer empregado da chancelaria do consulado ou vice-consulado, devendo, em todo o caso, ser assinados por êle e revestidos do sêlo consular.

«§ 1.º Quando o acto tiver de ser escrito em duas línguas, poderão servir de amanuenses *ad hoc* os próprios intérpretes.

«Art. 700.º Todos os actos consulares, cujos modelos vão anexos ao presente regulamento, devem ser expedidos em português, exceptuados, ùnicamente, os previstos no artigo 244.º e os passaportes, seus vistos e os vários reconhecimentos de assinatura, que os funcionários consulares que não conhecerem suficientemente a língua portuguesa, poderão expedir em francês, inglês, espanhol ou italiano.

«§ único. Os funcionários consulares que, por motivo de insuficiente conhecimento da língua portuguesa, não tenham podido expedir quaisquer actos de registo civil ou do notariado, legalizarão êsses actos com o reconhecimento consular, feito em qualquer das línguas a que êste artigo se refere, das assinaturas exaradas nesses documentos pelas autoridades e notários locais competentes perante os quais forem celebrados».

Em face dêstes preceitos, que foram, certamente, redigidos em momentos diversos, que tiveram proveniência diversa, pois, emquanto o artigo 700.º contém doutrina nova, o artigo 244.º proveio do artigo 23.º do decreto n.º 5625, de 10 de maio de 1919, e o artigo 245.º proveio do artigo 100.º do regulamento de 1903, e a que o legislador não imprimiu, com clareza, a desejável unidade de pensamento, não é muito fácil determinar qual fosse a doutrina que quis estabelecer o autor do regulamento consular vigente.

Parece-nos todavia que, combinando devidamente as referidas disposições, se poderá assentar na doutrina seguinte: *a*) se o funcionário consular conhecer suficientemente a língua portuguesa, os actos notariais devem ser redigidos em português, devendo intervir intérpretes e o documento ser escrito em duas ou mais línguas, se algum dos outorgantes não conhecer a língua portuguesa, e podendo os intérpretes servir de amanuenses *ad hoc* (Regulamento consular, artigos 244.º, § 2.º, e 700.º; Decreto de 14 de setembro de 1900, artigo 74.º, § 2.º); *b*) se o funcionário consular não conhecer suficientemente a língua portuguesa, poderá exarar o documento sòmente em francês, inglês, espanhol ou italiano, se tanto êle como os outorgantes e as testemunhas conhecerem suficientemente qualquer dessas línguas (Reg. cit., artigos 700.º e 245.º); *c*) se o funcionário consular, sem conhecer suficientemente a língua portuguesa, conhecer de modo suficiente alguma das línguas francesa, inglesa, espanhola ou italiana, mas algum dos outorgantes ou as testemunhas não conhecerem, das quatro línguas, aquela que for conhecida pelo funcionário consular, não poderá o mesmo funcionário expedir o acto de que se trate, sendo-lhe apenas permitido legalizá-lo depois de expedido pelo competente oficial público local (Reg., artigos 245.º e 700.º, § único).

A última conclusão exige algumas explicações.

O artigo 245.º do regulamento foi limitado pelo artigo 700.º, no sentido de que o acto notarial consular tem de ser sempre redigido em português, francês, inglês, espanhol ou italiano.

Por seu lado, mostra claramente o artigo 244.º, § 2.º, que o acto pode ser redigido em duas línguas.

Quais poderão ser, porém, essas duas línguas?

São possíveis três combinações: *primeira* — português e uma das quatro *línguas subsidiárias* — francês, inglês, espanhol e italiano; *segunda* — português e qualquer outra língua; *terceira* — alguma das línguas subsidiárias e qualquer outra língua estranjeira.

A primeira combinação é claramente possível, e deve considerar-se necessária quando o funcionário consular conhecer a língua portuguesa, mas a não conheça algum dos outorgantes, conhecendo aliás alguma das línguas subsidiárias.

A segunda combinação também nos parece possível, pois é a hipótese prevista e já regulada pelo artigo 74.º do decreto de 14 de setembro de 1900.

A terceira combinação, porém, não a julgamos viável: 1.º) porque o artigo 245.º, que não pode considerar-se como não escrito, sòmente consente o emprêgo de língua estranha quando seja conhecida pelo funcionário consular, pelos outorgantes e pelas testemunhas; 2.º) porque, se se compreende que um acto exarado num consulado português seja exarado em português e numa outra língua, já se não compreende que o seja em duas línguas estranhas, pois que o respectivo documento teria, em regra, de ser traduzido para produzir efeitos em Portugal, e parece evidente que a tradução deve ser referida a um só original (1).

b) *Cônsules estranjeiros em Portugal.* Quanto aos cônsules estranjeiros em Portugal, nenhum texto de lei interna a reconhece expressamente. Reconhecem-na, porém, explìcitamente, as convenções consulares que Portugal tem concluído com diferentes Estados (2) e deve entender-se que

(1) O que fica dito no texto acêrca das funções notariais dos cônsules aplica-se igualmente aos agentes diplomáticos que exerçam funções consulares. Em regra, os agentes diplomáticos portugueses não exercem funções consulares. Excepcionalmente, porém, são estas funções atribuidas a certas legações, a que já se tem dado a designação de *legações consulares*. É o que acontece com a legação da Guatemala, em face da lei n.º 48, de 10 de julho de 1913 (artigo 1.º), e com as legações de Tókio e da Península balkânica, em face do decreto n.º 5741, de 10 de maio de 1919 (artigos 1.º, 2.º e 3.º).

(2) Vide as convenções consulares: com a França, de 11 de julho de 1866 (artigo 7.º); com a Itália, de 30 de setembro de 1868 (artigo 8.º); com a Espanha, de 21 de fevereiro de 1870 (artigo 18.º); com o Paraguay, de 9 de novembro de 1878 (artigo 12.º); com a Argentina, de 24 de dezembro de 1878 (artigo 12.º); com a Bélgica, de 10 de novembro de 1880 (artigo 10.º); com a Holanda, de 1 de dezembro de 1880 (artigo 109.º); com a república dominicana, de 1 de maio de 1883 (artigo 10.º); e com a Suiça, de 27 de agosto de 1883 (artigo 7.º).

o legislador a reconheceu implicitamente a todos os cônsules estranjeiros, desde que êles a tenham segundo a lei do seu país, por virtude do princípio de reciprocidade de que já acima falámos (1).

E o mesmo princípio autoriza a conclusão de que os cônsules estranjeiros têm em Portugal competência correspondente à dos cônsules portugueses em país estranjeiro, isto é, poderão praticar actos notariais em que intervenham ou sòmente os seus nacionais, ou os seus nacionais e estranjeiros, e em que intervenham apenas estranjeiros quando tais actos devam produzir os seus efeitos no país representado pelo cônsul.

Sendo assim, a competência notarial dos cônsules, e a conseqüente aplicação das leis de forma dos Estados que representam, constituem um limite ao princípio *locus regit actum*, o qual, embora em geral obrigatório, deixa de o ser, além dos casos de excepção apontados (2), a respeito dos actos que podem ser praticados nos consulados.

251 — As nossas leis, não só exigem a legalização e a tradução dos documentos exarados em país estranjeiro ou por autoridades estranjeiras, nos termos indicados, mas também exigem que êles sejam devidamente selados, para que possam produzir efeitos em Portugal.

As exigências da lei a êste respeito são definidas pelo artigo 4.º da lei do sêlo, de 24 de maio de 1902, e pelo artigo 242.º do respectivo regulamento, de 9 de agosto do mesmo ano, nos termos seguintes, segundo o regulamento: «Os documentos expedidos ou passados em país estranjeiro só poderão ser admitidos em juízo e apresentados a qualquer autoridade ou repartição pública do continente do reino e ilhas adjacentes, pagando-se prèviamente por meio de verba, e conforme a tabela, o imposto que pagariam se fossem passados ou expedidos no continente do reino e ilhas adjacentes. § 1.º O sêlo a que alude êste artigo é o do papel e o dos actos quando êstes se refiram a bens situados no continente e nas ilhas adjacentes; e só será o do papel em todos os outros casos. § 2.º Exceptuam-se da disposição dêste mesmo artigo as

(1) Supra, pág. 42.
(2) Supra, pág. 103.

letras, livranças, cheques e títulos ou papeis de crédito, a que serão aplicáveis as respectivas disposições da tabela» (1).

E estas disposições são aplicáveis tanto aos actos celebrados nos consulados como aos celebrados fora dêles, já porque os cônsules não cobram o imposto do sêlo (Reg. cons., artigo 246.º, § 9.º, n.º 1.º), já porque as disposições são genéricas, já porque não há disposições especiais para os actos praticados nos consulados.

Sob o ponto de vista das relações entre a forma dos actos e as leis do sêlo, importa ainda verificar, quanto aos actos celebrados fora dos consulados portugueses, se a selagem de um documento é ou não é elemento da forma externa dos actos e, portanto, se os tribunais portugueses deverão ou não considerar formalmente irregular um documento feito em país estranjeiro sem observância da lei do sêlo local.

A doutrina divide-se sôbre esta questão, mas a grande maioria dos escritores decide-se no sentido de que o princípio *locus regit actum* abrange as exigências da lei do sêlo do lugar da feitura do documento (2).

Parece-nos que é esta a verdadeira doutrina: 1.º) porque a exigência de papel selado e de selos representa um elemento de autenticidade dos títulos e de garantia contra falsificações e fraudes, que são um dos fins das exigências das leis de forma; 2.º) porque tal exigência constitui uma condição de regularidade dos actos jurídicos claramente relacionada com a sua forma externa, e à lei do lugar da celebração compete determinar as condições da regularidade formal dos mesmos actos (3).

(1) As disposições da tabela a que se refere o preceito transcrito no texto são as verbas n.ºs 2 (acções), 45 (cheques), 98 (letras), 114 (obrigações) e 154 (títulos da dívida pública).

(2) Vide: Fœlix, *Traité du droit international privé*, II, n.º 284; Von Bar, ob. cit., § 126; Buzzati, ob. cit., pág. 166; Audinet, ob. cit., n.º 750; Weiss, ob. cit., tomo IV, pág. 435; Despagnet, ob. cit., n.º 349; Surville et Arthuys, ob. cit., n.º 504; Ottolenghi, *La cambiale nel diritto internazionale*, n.º 38; Diena, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, tomo III, n.º 207; Lyon Caen et Renault, *Traite de droit commercial*, tomo IV, n.º 639. Em sentido contrário: Brocher, na *Revue de droit international et de législation comparée*, 1874, pág. 199, e Champcommunal, nos *Annales du droit commercial*, 1894, II, pág. 202.

(3) Vide: *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 50, n.º 2074, pág. 325 e seg.

252 — Os actos de transmissão de bens imobiliários por título oneroso determinam, em regra, o pagamento de contribuïção de registo (Reg. de 23 de dezembro de 1899, artigo 1.°, 2.° e 3.°), e êste pagamento deve, também em regra, ser feito antes da celebração do acto (Reg. cit., artigo 70.°).

Não exceptua a lei os actos exarados em país estranjeiro para a transmissão de bens imobiliários sitos em Portugal, e daí a dúvida sôbre se também em relação a êsses actos deverá ter lugar o pagamento prévio da contribuïção de registo.

A dúvida limita-se aos actos realizados sem intervenção dos cônsules portugueses, por isso que, para os actos realizados com a intervenção dêstes funcionários, resulta claramente do disposto no § 9.° do artigo 246.° do regulamento consular de 7 de março de 1920 que êles podem ser praticados sem o prévio pagamento da contribuïção de registo. Diz êsse parágrafo: «No final das escrituras destinadas a ser cumpridas em território português se declarará ficarem sujeitas: 3.°) Ao pagamento, pelo adquirente, da contribuïção de registo que for devida no caso de transmissão de bens imobiliários». O preceito é genérico, abrange, por isso, as escrituras de transmissão de bens imobiliários por título oneroso e, portanto, é evidente que os cônsules portugueses podem intervir na prática de actos de transmisão daqueles bens por título oneroso sem o prévio pagamento da contribuïção de registo.

Quanto aos actos celebrados em país estranjeiro sem a intervenção dos cônsules portugueses, tanto a doutrina como a jurisprudência se têm orientado no sentido de que também não é necessário o pagamento prévio da contribuïção de registo. Assim o sustentaram a *Revista de legislação e de jurisprudência* (1), o *Direito* (2), o Dr. Assis Teixeira (3), os Srs. Alberto Carrapatoso (4) e Miguel Coelho (5), e o Dr. António de Vasconcelos (6), e assim o

(1) Ano 17.°, n.os 863 e 864, pág. 482 e 499.
(2) Ano 18.°, n.° 26, pág. 410, e ano 22.°, n.° 26, pág. 408.
(3) *Legislação portuguesa sôbre contribuïção de registo*, pág. 69 e 172.
(4) *Código de Finanças*, II, pág. 51 nota.
(5) *Código da contribuïção de registo*, pág. 327.
(6) *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 33, pág. 259.

decidiram o acórdão da Relação de Lisboa de 22 de fevereiro de 1873 (1) e o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de novembro de 1919 (2), com cuja decisão concordou a Redacção da *Gazeta da Relação de Lisboa* (3).

Consideramos justa e legal a doutrina seguida pelos jornais jurídicos, escritores e decisões citados. Justa, porque obrigar ao pagamento prévio da contribuïção de registo por actos praticados no estranjeiro seria demorar e embaraçar a prática dêsses actos. E a justiça da doutrina bem a reconheceu o legislador português, dispensando, quanto aos actos praticados nos consulados, o pagamento prévio da contribuïção. Legal: 1.°) porque não há prazo marcado pela lei para o pagamento da contribuïção de registo por actos praticados em país estranjeiro; 2.°) porque se dá, relativamente aos actos praticados sem a intervenção dos cônsules, a mesma razão que se dá a respeito dos actos praticados com a sua intervenção, e, onde a mesma razão, deve supor-se, na falta de lei expressa, a mesma disposição; 3.°) porque, em matéria de nulidades e em matéria de impostos, em caso de dúvida, a interpretação das leis deve ser no sentido da validade dos actos e do interesse do contribuinte.

A prática em país estranjeiro dos actos de transmissão de bens imóveis por título oneroso não depende, pois, do pagamento prévio da contribuïção de registo. Contudo, como é prática corrente e como resulta do preceito citado do regulamento consular, não podem semelhantes actos produzir efeitos em Portugal antes do pagamento da contribuïção, cujo conhecimento, como nota o Snr. Miguel Coelho (4), junto ao título de transmissão, confere a êste as condições para ser atendido em juízo.

253 — III — *Conteúdo*. O conteúdo de um acto jurídico é constituído pelo direito ou direitos que por êle se constituem ou pelo estado ou situação que por êle se estabelecem (5). Sendo assim, o regime jurídico internacional do

(1) Na *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 7, pág. 519.
(2) Na *Gazeta* cit., ano cit., pág. 260.
(3) Ano cit., pág. 261, nota.
(4) Ob. cit., pág. 327.
(5) Dr. Guilherme Moreira, *Instituïções*, I, pág. 460.

conteúdo dos actos jurídicos coincide com o regime jurídico internacional do direito, estado ou situação por êle constituídos.

Se, pois, o acto jurídico for um contrato e o seu conteúdo for um direito de crédito, a lei competente para regular um e outro será a lei do lugar da celebração ou a lei escolhida pelas partes, até onde for permitida a autonomia da vontade (Código comercial, artigo 4.º, n.º 1.º); se o conteúdo do acto for o regime de bens no casamento, a lei competente será a lei nacional do marido ou a lei escolhida pelos cônjuges, dentro dos limites da autonomia da vontade (Código civil, artigo 1107.º); e, se o acto jurídico for um testamento, a lei reguladora do seu conteúdo será a lei nacional do autor da herança ou a lei por êle escolhida, dentro dos limites indicados. Em suma, se se tratar de um acto jurídico pròpriamente dito, a lei reguladora do seu conteúdo será a lei competente para regular o direito por êle constituído.

Se, porém, se tratar de um acto-*condição*, o conteúdo do acto não é pròpriamente um direito, mas um *estado* ou uma *situação* de que resulta a faculdade de exercer um poder objectivo e, por isso, a lei reguladora do conteúdo do acto é a lei que deve presidir à constituïção daquele estado ou daquela situação, coincida ou não essa lei com a lei que regula o poder objectivo cujo exercício o mesmo estado ou situação condicionam.

Nestes termos, se o acto-condição for o casamento, a lei reguladora do estado de cônjuge será a mesma lei em face da qual se constituiu êsse estado, isto é, a lei nacional de cada um dos cônjuges ao tempo do casamento, embora a lei reguladora dos direitos e deveres mútuos dos cônjuges seja a lei nacional do marido; se o acto-condição for a legitimação ou a perfilhação, o conteúdo do acto é o estado de filho legitimado ou perfilhado, e a lei reguladora dêsse estado será a lei do pai e a lei do filho ao tempo da legitimação ou da perfilhação, embora a lei reguladora do poder paternal, se o filho for menor, seja a lei nacional do filho; se, finalmente, o acto-condição for a adquisição da propriedade, a situação do proprietário será regulada pela *lex rei sitæ*, sendo também esta a lei reguladora dos poderes do proprietário.

Se se tratar de um acto mixto, importa separar o conteúdo do acto como acto-condição, do seu conteúdo como acto jurídico pròpriamente dito, aplicando, como é lógico, a cada uma das duas formas de conteúdo a lei competente para a regular em harmonia com os princípios estabelecidos.

A lei competente para regular o conteúdo do acto jurídico é competente também para determinar se êsse conteúdo é ou não legalmente possível, assim como para determinar se o conteúdo normal do acto pode ser *limitado* por uma *condição*, por um *termo*, ou por um *modo*.

Ainda a mesma lei dirá quais são as *conseqüências naturais* do acto, como é, por exemplo, a responsabilidade pela evicção nos contratos a título oneroso.

A lei normalmente competente para reger o conteúdo do acto jurídico deixará, porém, de ser aplicada em Portugal, quando estranjeira, se contrariar alguma lei portuguesa de interesse e ordem pública.

Tal seria, por exemplo, um contrato feito em Espanha pelo qual um espanhol se obrigasse a introduzir em Portugal uma mercadoria cuja importação a lei portuguesa proíba como contrabando. O conteúdo do contrato iria de encontro a uma lei portuguesa de ordem pública de carácter económico.

254—Os actos jurídicos bilaterais podem ser celebrados entre *ausentes*, por intermédio de um *nuncius*, por meio de correspondência postal ou telegráfica, ou por meio do telefónio, isto é, entre pessoas que se encontram em *diferentes lugares*, e daí a necessidade de determinar em que lugar o acto deve considerar-se realizado.

As legislações divergem entre si acêrca do lugar em que se consideram celebrados os contratos realizados entre ausentes. Assim, emquanto o código civil brasileiro os considera celebrados no *lugar da proposta* (artigo 1087.º), o Código civil português tem-nos por celebrados no *lugar da aceitação* (artigo 649.º e seg.).

Sendo assim, vem a questão de saber onde os tribunais portugueses devem considerar celebrado um contrato, para o efeito de determinar a sua lei reguladora, quando êsse contrato seja concluído entre pessoas que se encontrem em países diferentes, no caso em que as leis dêsses países sejam diversas, como se, por correspondência postal, um nego-

ciante de Lisboa fizer a um negociante do Rio de Janeiro uma proposta de contrato, que êste último negociante aceita.

Como verificou Valery (1), têm sido seguidos quatro sistemas para resolver o problema: *primeiro* — competência da lei do aceitante, pela razão de que o proponente, fazendo-lhe a proposta, deve ser considerado como tendo-se transportado para junto dele, passando-se as coisas como se os contraentes estivessem presentes (2); *segundo* — competência da lei daquela das partes que desempenha um papel preponderante, que é, em regra, o proponente, pela razão de que êste, tomando a iniciativa do acto, quis submetê-lo às leis do seu país (3); *terceiro* — competência da lei que mais fizer recuar o momento da perfeição do contrato, pela razão de que é nesse momento sòmente que, pelo menos, uma das partes (aquela que se encontra no país cuja lei faz recuar mais o momento da celebração do contrato) se considerará obrigada (4); *quarto* — competência da *lex fori*, pela razão de que a autoridade desta lei não pode ser sacrificada a qualquer lei estranjeira (5).

A escolha entre os quatro sistemas não pode oferecer hesitação.

O primeiro sistema assenta sôbre uma ficção, iludindo a questão, em vez de a resolver; o segundo e o terceiro sistemas apoiam-se no princípio da autonomia da vontade, para resolver uma questão que está acima da vontade das partes.

Em favor do quarto sistema milita uma razão que julgamos decisiva.

Quando o direito de um Estado determina que uma relação jurídica será regulada pela lei do lugar da celebração, esta regra de direito internacional privado só pode ter sentido desde que se complete com a regra de direito interno que fixa o lugar em que é celebrado o contrato entre ausentes. De outro modo, a regra de direito internacional privado

(1) *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, et *Manuel* cit., n.º 660.
(2) Savigny, ob. cit., § 371, pág. 232.
(3) Rolin, ob. cit., I, n.º 447.
(4) Chrétien, em *Clunet*, 1891, pág. 1038; Bartin, *Etudes*, pág. 44; Dreyfus, ob. cit., pág. 363.
(5) Valery, *Des contrats par correspondance*, n.º 414; *Manuel*, n.º cit.

não poderia aplicar-se, por falta de elemento de conexão entre a relação jurídica e uma lei determinada. Quere dizer, a regra de direito interno integra-se na regra de direito internacional privado e fica tendo o mesmo valor que deva atribuir-se a esta última regra. Ora, sendo, para nós, seguro (1) que as regras de direito internacional privado, com as quais o legislador de um país manda resolver os conflitos de leis, delimitando a esfera de aplicação das suas leis em concorrência com as leis estranjeiras, têm o mesmo valor que as leis de ordem pública internacional, excluindo como tais, as regras diferentes de direito internacional privado formuladas pelos legisladores dos outros Estados, vem a conclusão firme de que os tribunais de qualquer país só podem considerar como lugar de celebração de um contrato entre ausentes o lugar indicado pela *lex fori*, que, nessa parte, completa a regra de direito internacional privado que manda regular os contratos pela lei do lugar da celebração (2).

255— Em geral os actos jurídicos, sobretudo os contratos, tanto podem ser praticados pessoalmente, como mediante um *representante* (Código civil, artigo 645.º). Daqui o instituto da *representação nos actos jurídicos*, a qual tem lugar quando uma pessoa declara a sua própria vontade em nome e no interesse de outra pessoa (3).

Êste instituto da representação tem o seu regime jurídico em direito interno, ao qual deve corresponder um regime jurídico internacional característico. São as linhas gerais dêste regime que vamos esboçar.

Começaremos pela determinação da lei reguladora do *poder de representação*.

Para êsse efeito, importa distinguir a *representação legal*, como é a representação das pessoas colectivas e a representação dos incapazes, da *representação convencional*, a qual tem a sua origem no *mandato*.

Na representação legal, o poder de representação é evi-

(1) L. I, n.os 20 e 153 e seg.
(2) Diena, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, I, pág. 473; Despagnet, *Precis de droit international privé*, pág. 634.
(3) Coviello, ob. cit., pág. 381; Dr. Guilherme Moreira, ob. cit., I, pág. 449.

dentemente regulado pela lei que organiza a representação. E assim é que os órgãos de uma pessoa colectiva terão o poder de representação que lhes conferir a lei nacional da mesma pessoa colectiva, e o poder de representação do pai em relação ao filho menor será regulada pela mesma lei que regula o poder paternal, que é a lei pessoal do filho.

Ainda a mesma lei que regular de modo geral o poder de representação deverá regular a necessidade de quaisquer *actos habilitantes* de que dependa o exercício do poder de representação, como, por exemplo, a autorização de um conselho de família ou a autorização da mesa administrativa de uma pessoa colectiva.

Na representação convencional, o poder de representação tem origem num contrato, o contrato de mandato, é o próprio conteúdo do contrato de mandato, e, por isso, para determinar a sua lei reguladora, importa indicar as linhas gerais do regime jurídico internacional do mesmo contrato, no que respeita à constituïção daquele poder.

O primeiro ponto a esclarecer é o que respeita à capacidade de gôzo do direito de conferir e de aceitar o mandato.

Há actos que são considerados *pessoais* e que não podem, portanto, ser praticados mediante procurador, como o testamento e, em geral, os actos que representam o exercício de um direito de família.

Por que lei determinar, pois, se o acto é ou não pessoal para o efeito da representação?

Esta questão foi estudada de modo geral por Brocher e Rolin, entendendo o primeiro (1) que deve aplicar-se o princípio *locus regit actum*, solução que o segundo aceita quando se trate de actos de processo, mas da qual duvida quando se trate de outros actos, como o casamento ou o divórcio, insinuando que, em tais casos, seria mais sã outra solução, sem contudo dizer qual seja (2).

Travers, estudando a questão a respeitó do casamento, considera a presença pessoal das partes uma questão de forma e, por isso, aplica também o princípio *locus regit actum* (3).

(1) *Cours de droit international privé*, II, n.º 228.
(2) Ob. cit., III, n.º 1383.
(3) *La convention de la Haye relative au mariage*, tomo II, n.º 660.

Qual será a verdadeira doutrina?

O mandato para a prática de um acto jurídico é a *delegação* do exercício de um poder jurídico e, por isso, parece-nos lógico que o direito de delegar num mandatário o exercício dêsse poder só poderá existir quando a lei que atribui a uma pessoa o poder de praticar um acto permitir que tal acto possa ser praticado mediante procuração.

Apesar de permitida a delegação pela lei que reconhece o poder de praticar o acto, não poderá a delegação tornar-se efectiva, se a lei do lugar da celebração desconhecer, em geral, o instituto da representação convencional. Teríamos então um conflito de instituïções, que deveria ser resolvido, em harmonia com o que dissemos (1), pela aplicação da lei do lugar da celebração.

Logo, porém, que esta lei admita a representação convencional, parece-nos que poderão ser praticadas mediante representação mesmo aqueles actos que essa lei considera pessoais, desde que a lei estranjeira competente decida em sentido contrário.

A capacidade de exercício do direito de conferir ou exercer o mandato está inteiramente sujeita às regras gerais.

Igualmente às regras gerais se deve considerar subordinada a existência da vontade como elemento produtivo do acto jurídico.

Mas a *forma externa* do contrato por que lei deverá ser regulada?

Esta questão tem evidente importância quando o mandato é conferido num país e aceito em outro. Supondo que o contrato fica perfeito no lugar da aceitação e aplicando o princípio *locus regit actum*, resultaria que a forma da procuração devia ser a do país da aceitação, o que pràticamente seria difícil, se não impossível, por o mandante não poder saber *a priori* em que país se realizará a aceitação.

Rolin, porém, formula a solução de aplicar respectivamente à procuração e à aceitação do mandato a lei do lugar onde se passa cada um dos dois actos (2). Solução semelhante foi seguida por Buzzati quanto à doação aceita por

(1) L. I, n.º 179.
(2) Ob. cit., III, n.º 1386.

mandatário, não considerando necessária procuração pública para êsse efeito, se a *lex loci* a não exigir, embora a exija a lei do lugar onde tenha de ser aceita a doação (1).

Também nos parece que a solução exacta é a de Rolin, não só pela dificuldade, ou impossibilidade, de aplicar a lei do lugar da aceitação, que o mandante pode não conhecer *a priori*, mas porque se trata de duas declarações de vontade *sucessivas*, podendo e devendo aplicar-se a cada uma a lei de forma do lugar onde se produz, pois o fim prático do princípio *locus regit actum* foi tornar possível a manifestação da vontade em harmonia com a lei lugar onde esta se manifesta.

Conferido e aceito legalmente o mandato, as relações que dele resultam entre o mandante e o mandatário são reguladas pela lei do lugar da aceitação, por ser aí que o contrato se supõe realizado, ou pela lei escolhida pelas partes, até onde for legítimo o princípio da autonomia da vontade. É o princípio geral do nosso direito (Código comercial, artigo 4.°, n.° 1.°) acêrca da lei reguladora das obrigações convencionais, não havendo razão para o pôr de parte.

Os actos jurídicos realizados pelo mandatário, em nome do mandante, têm o seu regime jurídico próprio, segundo a relação jurídica de que se tratar, como é evidente, ficando sempre ressalvado o que se disse acêrca da forma da procuração.

Finalmente, as relações existentes entre o mandante e aqueles que contratem com o mandatário parece que devem ser reguladas pela lei normalmente competente para regular o acto jurídico praticado pelo mandatário, pela razão simples de que o mandatário declara a sua própria vontade, embora o faça em nome e interesse do mandante. Tal é a doutrina de Brocher, Rolin e Zittelmann, que nos parece inteiramente justa (2).

256 — Os factos voluntários ilícitos, delitos ou quási delitos, representam uma perturbação da ordem jurídica do

(1) Ob. cit., pág. 372.
(2) Brocher, ob. cit., II, n.° 229; Rolin, ob. cit., III, n.° 1397; Zittelmann, ob. cit., II, pág. 221. Conf. Jitta, ob. cit., I, pág. 218.

Estado onde se produzem e, por isso, são justamente subordinados à lei do mesmo Estado, quanto à responsabilidade civil que deles deriva (1).

E porque o regime desta responsabilidade tem por fundamento, não a protecção do agente do facto ilícito, mas a protecção de todos aqueles que se encontrem dentro do território do Estado, ainda pela lei dêste Estado se deve determinar a *capacidade* dos agentes dos factos ilícitos que originam a mesma responsabilidade. E, assim, a capacidade dos menores, dementes ou ébrios, para lhes ser imputada a responsabilidade civil por factos ilícitos praticados em Portugal, será regulada pelos artigos 2377.° e 2379.° do Código civil, onde se determina que a demência, embriaguez ou menoridade não eximem da responsabilidade civil, excepto se os incapazes ou ébrios estiverem sob a vigilância de outras pessoas, e estas não provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência (2).

Os factos extravoluntários juridicamente relevantes, como a morte quanto ao direito de sucessão, e a vizinhança quanto aos direitos e obrigações dos donos de prédios limítrofes, em si mesmos, são meros *factos naturais* cuja existência em nada depende do direito, sendo apenas as suas conseqüências que são reguladas pela lei. O regime destas conseqüências varia, porém, de facto para facto, não podendo formular-se a seu respeito quaisquer regras gerais, mas devendo em cada caso atender-se à natureza da relação jurídica que deles deriva. Assim, a sucessão será regulada pela lei nacional do autor da herança e as obrigações dos proprietários vizinhos pela *lex rei sitæ*, que são as leis que melhor se harmonizam com o critério geral de resolução dos conflitos de leis.

(1) Vide L. I, n.° 142.
(2) Meili, ob. cit., pág. 175; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 193; Rolin, *Le statut personnel en matière de droit pénal*, na *Revue de droit international*, Nouvelle série, I, pág. 43.

CAPITULO IV

Garantia da relação jurídica

§ I

Competência internacional ou jurisdicional

SUMÁRIO. 257 — A legítima defesa e a acção judiciária como meios de garantia dos direitos individuais. 258 — Conceito de competência internacional ou jurisdicional. Sua distinção da competência interna. 259 — Regras de direito internacional consuetudinário reguladoras da competência internacional. Jurisdição imposta pelo direito internacional. 260 — Jurisdição proibida pelo direito internacional. Isenção de jurisdição dos Estados estranjeiros, dos chefes de Estado e dos agentes diplomáticos. 261 — Jurisdição permitida pelo direito internacional. Estados de civilização europeia e Estados de capitulações. 262 — Principais tipos de tratados sôbre competência internacional. Regras de direito convencional que regulam a competência internacional dos tribunais portugueses. 263 — Direito interno português sôbre competência internacional. I — Princípios gerais. 264 — II — Teoria legal da sua organização. Os textos da lei. Categorias de acções que compreendem. Natureza dos factos determinativos da competência. Lugar da verificação dêsses factos. O domicílio do reu e as circunstâncias substitutivas do domicílio na determinação da competência internacional. 265 — III — Competência internacional dos tribunais portugueses relativamente às pessoas colectivas estranjeiras. 266 — IV — Regras especiais de competência exclusiva dos tribunais portugueses. 267 — A competência internacional e as acções reais imobiliárias. 268 — A competência internacional e a prorrogação da jurisdição. 269 — A competência internacional e a teoria das qualificações. 270 — Momento a que deve atender-se para a atribuïção da competência internacional. 271 — As excepções de lidependente e de incompetência em matéria de competência internacional. 272 — A competência internacional e o juízo arbitral.

257 — É característica da regra de direito o seu *carácter obrigatório*, o que traz como conseqüência a sua coercibilidade, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento por parte daqueles a quem ela impõe um dever jurídico.

Dois meios criou a evolução jurídica para tornar efectiva

a obrigatoriedade da regra de direito: a *auto-defesa* e a *acção judiciária*.

Pela primeira, é o próprio titular do direito que o defende, recorrendo à fôrça para prevenir, suspender ou reparar a violação do mesmo direito; pela segunda, confia-se a defesa dos direitos individuais ao poder público, o qual, mediante órgãos adequados — os *tribunais*, e mediante formalidades determinadas — as *formas de processo*, restabelece as perturbações da ordem jurídica, ou reintegrando os indivíduos no gôzo e exercício dos seus direitos, ou decretando a justa reparação da violação dêsses direitos.

A auto-defesa, largamente reconhecida e praticada no período primitivo da civilização jurídica dos povos, foi pouco e pouco substituída pela acção do poder social, cuja decisão é mais serena e mais ponderada, mais proporcionada à violação dos direitos e, portanto, mais justa. A auto-defesa ficou reduzida à *legítima defesa*, considerando-se assim os casos de defesa em que é impossível recorrer à fôrça pública, para evitar, suspender ou reparar a lesão dos direitos, transformando-se, portanto, em uma *excepção*, e a acção judiciária converteu-se no *meio normal* de defesa dos direitos.

E a acção judiciária é meio normal de defesa dos direitos tanto para nacionais como para estranjeiros, sendo em termos iguais que uns e outros podem, por si mesmos, defender os seus direitos.

Sendo assim, a lei que regula a legítima defesa, porque estabelece a *substituição* do esfôrço individual à acção dos tribunais, é naturalmente regulada pela lei do lugar onde é exercida. E não só por isso, mas também porque o *excesso de defesa* não isenta de responsabilidade civil (Código civil, artigo 2367.º), antes é um facto ilícito determinante dessa responsabilidade, e é princípio corrente que a responsabilidade civil é regulada pela lei do lugar onde é praticado o delito ou quási-delito que a origina, o que conduz ao corolário de que a lei reguladora da legítima defesa só pode ser a lei do país onde ela se exerce.

Nestes termos, o que interessa é o estudo do regime jurídico internacional da acção judiciária sob o duplo ponto de

vista da competência dos tribunais e das formalidades de processo.

258 — A *competência jurisdicional dos tribunais*, à semelhança do que acontece com a *competência legislativa*, encontra-se naturalmente dividida entre os tribunais dos diferentes Estados, havendo, portanto, uma *teoria dos conflitos de jurisdição*, como desenvolvimento ou como complemento da *teoria dos conflitos de leis*.

A teoria dos conflitos de jurisdições, que tem por conteúdo os princípios relativos à delimitação da jurisdição entre os tribunais dos diferentes Estados, dá-se, geralmente, a designação de teoria da *competência geral*, da *competência internacional*, ou da *competência jurisdicional*, sendo esta designação a mais rigorosa, pois se não trata da competência para resolver questões entre nações, mas simplesmente de fixar a competência dos tribunais de um Estado em relação aos tribunais dos outros Estados. E é neste sentido que sempre temos empregado, e continuaremos a empregar, neste trabalho, a expressão «competência internacional» (1).

E, sendo tal o significado da competência internacional, é fácil a sua distinção da competência interna.

Fixada a jurisdição dos tribunais de um Estado, no seu conjunto, segue-se naturalmente dividir a mesma jurisdição entre êsses tribunais, quer segundo a natureza das causas (competência em razão da matéria), quer segundo a divisão do território do Estado em certo número de circunscrições (competência territorial ou em razão de pessoas).

Esta divisão da jurisdição que cabe a cada Estado pelos seus tribunais constitui o objecto da *teoria da competência interna*.

Esta última teoria é, claramente, uma teoria de direito público interno e, por isso, a competência interna é regulada pela lei interna de cada país, isto é, pela *lex fori*.

A teoria da competência internacional, como é uma teoria de limites entre as jurisdições dos diferentes Estados, é, porém, regulada, ou pelo direito internacional, ou pelo

(1) L. I, n.º 181.

direito interno internacional, isto é, pelas regras de direito interno sôbre matéria internacional, naquilo em que a liberdade do Estado não tiver ainda sido vinculada por preceitos de direito internacional.

259—As regras de direito internacional sôbre competência jurisdicional têm por fontes o costume e os tratados normativos, como quaisquer outras regras de direito internacional positivo.

Tratados gerais sôbre o assunto, no sentido de estabelecerem regras obrigatórias para todos os Estados, ainda não existem, encontrando-se apenas tratados bilaterais ou tratados concluídos por um número limitado de Estados. Daí resulta que, como direito positivo, apenas nos interessa o estudo dos tratados em que Portugal é Estado contratante. Isso não quere dizer, porém, que, como elemento de estudo e de construção científica, nos não interessem os tratados concluídos entre os outros Estados. A êles, por isso, nos referiremos sempre que entendermos que a sua análise nos pode auxiliar no estudo da teoria da competência jurisdicional.

Mais ou menos determinadas, algumas regras gerais existem, porém, de direito internacional consuetudinário e, por isso, por elas começaremos a nossa exposição.

Como nota Anzilotti, a actividade jurisdicional do Estado, nas suas relações com os outros Estados, pode ser *imposta*, *proïbida* ou *permitida* pelo direito internacional, segundo êste direito *obriga* o Estado a exercer essa actividade, *obsta* a que a exerça, ou *faculta* o seu exercício (1).

Adoptando estes conceitos e esta linguagem e começando pela jurisdição imposta pelo direito internacional, encontramos uma regra geral de direito consuetudinário que obriga os Estados ao exercício da jurisdição.

É a regra que impõe aos Estados a obrigação de abrir os seus tribunais aos estranjeiros para a defesa dos direitos que é obrigado a reconhecer-lhes.

Em verdade, não poderá negar-se que aos tribunais de um Estado poderão recorrer os estranjeiros, para fazer

(1) Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 397.

valer os direitos que êsse Estado é obrigado a reconhecer-lhes. Sem a tutela jurídica representada pela intervenção do tribunal, os direitos individuais ficariam sem eficácia, quando não fossem espontâneamente cumpridos os deveres que lhes correspondem, e, por isso, deve entender-se que os tribunais de um Estado são competentes para conhecer de acções propostas por estranjeiros relativas aos direitos que êle lhes deve reconhecer.

O Estado poderá, em geral, estabelecer, como entender, as condições de facto de que depende o exercício dessa competência, visto não haver regras precisas de direito internacional que fixem essas condições, mas não poderá de modo nenhum deixar de abrir os seus tribunais aos estranjeiros para a defesa dos direitos que é obrigado a garantir-lhes.

260—A par com esta regra geral de jurisdição imposta, aparecem regras de *jurisdição proïbida* pelo costume internacional e que, por isso, constituem direito internacional positivo. São as respeitantes aos Estados estranjeiros e às pessoas que gozam do chamado privilégio da *exterritorialidade*.

a) *Estados*. Segundo um princípio de direito internacional bem estabelecido, os Estados estranjeiros são isentos das jurisdições locais, quanto à generalidade das causas em que êles poderiam ser réus. Foi um princípio estabelecido pela prática internacional, em virtude, claramente, do respeito que os Estados uns aos outros se tributam, ainda quando se considerem simplesmente como sujeitos de direitos privados, e uma ilação da igualdade dos Estados na ordem internacional, por aplicação da regra *par in parem non habet imperium*.

Esta isenção de jurisdição não é, porém, absoluta. Tem duas excepções certas, fundadas, uma, na natureza das causas e, a outra, na vontade do Estado estranjeiro.

Quanto à natureza das causas, a isenção cessa quando as acções versam sôbre *bens imóveis*.

Por se entender que destas acções são juízes naturais os tribunais do Estado onde as coisas estão situadas, igualmente se entende que nem os Estados estranjeiros devem ser subtraídos á jurisdição dêsses tribunais.

A segunda excepção dá-se no caso de *renúncia* do Estado estranjeiro à isenção. Sempre que êste Estado, *expressamente* (v. g. num tratado) ou *tàcitamente* (v. g. se um Estado adquire no território de outro Estado um direito que êste não é obrigado a conceder-lhe e que só reconhece reservando-se a jurisdição para conhecer do mesmo direito), manifesta a vontade, de modo concludente, no sentido de não querer valer-se da isenção, esta cessa e os tribunais locais readquirem o exercício normal da sua competência.

Importa, porém, observar que, para se dar a renúncia tácita, se torna necessário, como ensina Anzilotti, uma *vontade concreta do renunciante* e uma *manifestação idónea dessa vontade*, não sendo suficiente qualquer presunção dessa renúncia.

Ás duas excepções, Von Bar (1) e Westlake (2) acrescentam uma terceira, a excepção do *forum hereditatis*, segundo a qual o Estado estranjeiro está sujeito à jurisdição do tribunal normalmente competente para liquidar a herança em que seja herdeiro ou legatário. Von Bar dá a razão da doutrina nestas palavras: «Se alguém deseja ser sucessor legítimo de um cidadão dêste país, não pode aceitar essa situação apenas naquilo em que ela lhe confere direitos; deve também assumir as responsabilidades correlativas e ficar sob a acção dos tribunais do mesmo país». Parece-nos de justiça a excepção do *forum hereditatis*, devendo, porventura, considerar-se inerente à aceitação da herança a renúncia à isenção de jurisdição (3).

b) *Chefes de Estado.* Entre outras prerogativas que lhes são reconhecidas pelo direito internacional, gozam os chefes de Estado da isenção de jurisdição civil.

Esta isenção funda-se no respeito da independência do Estado representado pelo seu chefe.

Também não é absoluta esta isenção, sendo geralmente reconhecida a competência dos tribunais locais quanto:

(1) Ob. cit., § 532.
(2) *International perivate law*, n.º 193.
(3) Vide: Anzilotti, *La esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione*, na *Rivista di diritto internazionale*, v, pág. 477 e seg.; Nys, *Le droit international*, II, pág. 340 e seg.; Oppenheim, *International law*, I, pág. 169; Von Bar, ob. cit., § 527 e seg.; Beviláqua, *Direito público internacional*, I, pág. 96 e seg.

1.º) às acções reais imobiliárias relativas a bens sitos no território do Estado; 2.º) às acções em que a jurisdição daqueles tribunais for voluntàriamente aceita. Nestes dois casos, a isenção cede à competência natural do juízo da situação dos bens e à vontade do isento.

Ao lado das duas excepções, também alguns escritores indicam o caso do *forum hereditatis*, em que reconhecem a competência dos tribunais locais, se um chefe de Estado estranjeiro for interessado numa sucessão aberta no território. Igualmente aqui a excepção nos parece de justiça, pelo que respeita à liquidação da sucessão, devendo coordenar-se com a aceitação voluntária da jurisdição, desde que o chefe de Estado aceita a herança (1).

c) *Agentes diplomáticos.* Também gozam em geral da isenção de jurisdição civil, considerada como uma das prerogativas inerentes ao exercício da sua função.

Todavia, ainda esta isenção tem limitações. Uma limitação certa é a relativa às acções reais imobiliárias, que todos consideram da competência do *forum rei sitæ*.

A generalidade dos escritores ainda admite que os tribunais locais são competentes quando o agente diplomático, com autorização do seu govêrno, renuncia à isenção, doutrina certamente legítima, pois, sendo a isenção concedida pelo respeito devido ao Estado representado pelo agente diplomático, fica sem justificação quando aquele Estado autoriza a sua renúncia.

Também o *forum hereditatis* deve ser considerado uma excepção, a qual tem, a respeito dos agentes diplomáticos, tanta razão de ser como a respeito dos Estados e dos chefes de Estado. «A regra da isenção, escreve Nys, não se aplica no caso de partilha e de liquidação de uma sucessão aberta no Estado local e à qual o ministro é chamado como herdeiro ou como legatário. A competência da jurisdição local impõe-se» (2).

(1) Nys, ob. cit., pág. 330 e seg.; Oppenheim, ob. cit., n.os 115 e 348; Von Bar, ob. cit., § 527 e seg.; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 401 e 405; Beviláqua, ob. cit., pág. 431; Conf. *Annuaire de l'Inst. de dr. int.*, XI, pág. 411.
(2) Vide sôbre a isenção de jurisdição dos agentes diplomáticos: Nys, ob. cit., pág. 435; Oppenheim, ob. cit., n.º 391; Von Bar, ob. cit., § 509 e seg.; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 401; Beviláqua, ob. cit., pág. 431; Conf. *Annuaire* cit., XX, pág. 353.
A isenção de jurisdição civil concedida aos chefes de Estado e aos

261 — A competência internacional assume a forma de *jurisdição permitida pelo direito internacional* quando um Estado consente que, dentro do seu território, a jurisdição seja exercida por tribunais ou autoridades de outro Estado.

Esta forma de jurisdição deve ser considerada a respeito das relações dos Estados de civilização europeia entre si, e a respeito das relações dos Estados de civilização europeia com os países de capitulações.

a) *Estados de civilização europeia.* Nestes Estados vigora o princípio da *territorialidade das jurisdições,* segundo o qual os tribunais e autoridades territoriais exercem a sua jurisdição tanto sôbre nacionais como sôbre estranjeiros.

Êste princípio exclui naturalmente o exercício de jurisdição, dentro do território do Estado, por autoridades ou tribunais estranjeiros. Por isso, nos Estados de civilização europeia, os casos de permissão do exercício de jurisdição contenciosa por tribunais estranjeiros são uma rara excepção, podendo assentar-se o princípio de que essa permissão apenas existe quando estabelecida por tratados ou convenções, ou quando reconhecida pelas leis ou usos locais.

Os casos mais típicos dessa permissão respeitam: 1.°) à resolução das questões levantadas a bordo dos navios mercantes entre o capitão, os oficiais do navio e os marinheiros, e relativas a soldadas e ao cumprimento de contratos recíprocos, que as convenções consulares tornam, em regra, da competência dos cônsules do respectivo país; 2.°) e ao inventário e partilha da herança de estranjeiros, que também, por vezes, são atribuídos aos cônsules do país do *de cujus* (1).

b) *Estados de capitulações.* Como já dissemos noutro lugar (2), nos Estados de civilização não europeia e que

agentes diplomáticos aproveita, quanto aos primeiros, quando se encontrem em país estranjeiro, aos membros do seu séquito e, quanto aos segundos, ao pessoal das respectivas legações. A medida da isenção relativamente ao séquito dos chefes de Estado em país estranjeiro e ao pessoal das legações é, porém, um problema de direito internacional público, cujo estudo seria, por isso, descabido num livro sôbre direito internacional privado.

(1) Vide: Regulamento consular, artigo 512.°, § 2.°; Convenções consulares — com a França, de 11 de julho de 1866, artigos 8.° e 12.°, com a Itália, de 30 de setembro de 1868, artigo 9.° e 13.°, e com a Espanha, de 21 de fevereiro de 1870, artigos 19.° e 23.°.

(2) L. 1, n.° 47.

ainda não assimilaram os elementos basilares desta civilização, a condição jurídica dos estranjeiros pertencentes aos Estados de civilização europeia é informada, fundamentalmente, pelos dois princípios da personalidade das leis e da *personalidade das jurisdições,* o que significa que os nacionais dos Estados cristãos estão dependentes da jurisdição das autoridades e tribunais do seu país, em regra, da jurisdição dos cônsules.

Esta jurisdição dos cônsules nos Estados não cristãos, que é o traço fundamental do *regime das capitulações,* é também a mais importante manifestação da jurisdição permitida pelo direito internacional.

A organização e exercício da jurisdição consular relacionam-se, porém, com as funções dos cônsules, cujo estudo pertence ao direito internacional público, e, por isso, não versaremos o assunto neste lugar (1).

262 — Como notámos acima, não existem ainda tratados gerais que regulem a competência internacional dos tribunais dos diferentes Estados.

Existem, porém, duas ordens de tratados, de que interessa referir os mais importantes, que estabelecem entre dois ou entre um número limitado de Estados, quer *regras gerais* (quanto ao objecto) de competência internacional, quer *regras especiais* para certas e determinadas acções.

Ao primeiro grupo pertencem, designadamente, os tratados *bilaterais* franco-suíço, de 15 de junho de 1869 (2) e franco-belga, de 8 de julho de 1899 (3), e o tratado *plurilateral* de Montevideo sôbre direito civil, de 12 de fevereiro de 1889 (artigos 56.° a 67.°), os quais definem as regras gerais de competência internacional que devem seguir os tribunais dos Estados signatários.

Como pertencentes ao segundo grupo, são dignas de especial referência as convenções da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre o divórcio (artigos 5.° e 6.°) e sôbre a tutela de menores (artigos 2.° e 3.°), e de 17 de julho de 1905 sôbre

(1) Vide: Anzilotti, *Corso di lezioni,* pág. 107; Weiss, *Traité,* v, pág. 436 e seg.

(2) Weiss, *Traité,* vi, pág. 160.

(3) Weiss, ob. cit., pág. 96.

a interdição (artigos 2.° e 6.°), as quais determinam os termos em que os tribunais ou autoridades dos Estados contratantes podem decretar o divórcio, a separação, e a interdição dos súbditos dos outros Estados contratantes ou organizar a sua tutela ou curatela.

Portugal não concluiu até hoje senão tratados do segundo grupo. Citaremos os tratados vigentes, que, do nosso conhecimento, são as três convenções da Haia que acabamos de referir, e as convenções consulares com a França, de 11 de julho de 1866, com a Itália, de 30 de setembro de 1868, e com a Espanha, de 21 de fevereiro de 1870.

Todas estas convenções serão por nós estudadas nos títulos especiais respectivos dêste trabalho, mas desde já resumiremos os seus preceitos em matéria de competência internacional.

A convenção da Haia de 12 de junho de 1902 regula a competência para as acções de divórcio e de separação de pessoas no artigo 5.°, onde está estabelecida esta doutrina: 1.°) As acções de divórcio ou de separação de pessoas podem ser propostas perante a jurisdição ou tribunal competente, em harmonia com a lei nacional, ou perante a jurisdição competente do domicílio do réu e, se êste tiver abandonado o seu domicílio depois de se haver dado a causa de divórcio ou de separação de pessoas, também a acção poderá ser intentada perante a jurisdição do último domicílio comum; 2.°) a competência caberá exclusivamente às jurisdições nacionais, se a lei nacional assim o determinar; 3.°) a jurisdição do domicílio será em todo o caso competente em relação aos casamentos a respeito dos quais não puder ser proposta uma acção de divórcio ou de separação perante a jurisdição nacional, como se o casamento não existir em face da lei nacional.

No artigo 6.° atribui a mesma convenção competência às jurisdições do país do domicílio para tomarem providências provisórias, providências que devem ser mantidas se, no prazo de um ano, forem confirmadas pela jurisdição nacional, mas que não poderão durar por mais tempo do que o permitido pela lei do domicílio.

A convenção relativa à tutela torna esta, em princípio, da competência das autoridades nacionais, tanto comuns como consulares ou diplomáticas, se à intervenção destas autoridades se não opuser o Estado local, e dá competência subsidiária às autoridades da residência habitual do menor, se as autoridades nacionais não puderem ou não quiserem organizar a tutela (artigo 1.° a 4.°), bem como atribui às autoridades locais competência para tomar as providências necessárias à protecção da pessoa e dos bens do menor (artigo 7.°).

A convenção sôbre a interdição estabelece regras semelhantes às adoptadas pela convenção anterior. A interdição é, em princípio, da competência das autoridades nacionais (artigo 2.°), podendo, porém, as autoridades do Estado de residência habitual do incapaz decretar a interdição e organizar a tutela ou a curatela, quando as autoridades nacionais não possam ou não queiram proceder (artigo 6.°), e podendo, bem assim, tomar as providências provisórias que forem necessárias para a protecção da pessoa e dos bens dos incapazes (artigo 3.°).

Finalmente, a convenção consular com a França (art.° 7.°), a convenção consular com a Itália (artigo 9.°) e a convenção consular com a Espanha (artigo 19.°) dão competência aos cônsules para o inventário da herança dos seus nacionais, bem como para organizar a tutela dos herdeiros, quando nenhum dêstes seja súbdito do Estado local ou de uma terceira potência (1).

263 — Como se vê do que fica dito, as regras de competência internacional estabelecida pelo direito internacional ainda hoje são de valor limitado, quer a respeito das acções que abrangem, quer a respeito dos Estados a que obrigam, e, por isso, as regras de competência internacional são, no momento actual, estabelecidas principalmente pelo direito interno de cada país, tendo os Estados liberdade de as estabelecer como bem entenderem. E porque assim é, torna-se do maior interesse prático conhecer as regras do direito português sôbre o assunto. Vamos expô-las, começando pelos

1 — *Princípios gerais.* O primeiro princípio que domina a teoria do direito português acêrca da competência internacional é o princípio, reinante em todos os Estados de civili-

(1) Vide: *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 43.°, n.° 1742, pág. 558.

zação europeia, da *territorialidade das jurisdições*, o qual significa que em Portugal só os tribunais portugueses administram justiça, salva a existência de tratado ou convenção em que outra coisa se estabeleça. É o princípio oposto ao vigente nos Estados de *capitulações*, onde, a par com a personalidade das leis, é reconhecida a *personalidade das jurisdições*.

O princípio da territorialidade das jurisdições foi desde velha data seguido entre nós, pois, mesmo quando, em harmonia com as antigas leis ou tratados, os estranjeiros de certos Estados tinham o privilégio de *conservatória*, isto é, o privilégio de *juiz privativo* para os seus feitos, os *juízes conservadores* eram sempre portugueses (1).

As conservatórias estranjeiras foram abolidas, em geral, pela lei de 12 de março de 1845 e, se a conservatória inglesa foi restabelecida pelo decreto de 5 de março de 1847, foi enfim extinta pelo decreto de 18 de fevereiro de 1848, entrando plenamente em vigor o artigo 1.º daquela lei de 1845, assim redigido: «Ficam abolidas nestes reinos, ilhas adjacentes e províncias ultramarinas as conservatórias das nações estranjeiras; e são competentes para a instrução e decisão das causas e processos em que for parte algum estranjeiro os mesmos juízes e tribunais que actualmente o são, ou de futuro o vierem a ser, nas causas e processos de igual natureza, em que intervêm sòmente nacionais, salvas contudo as disposições especiais consignadas nesta lei».

Êste preceito, não só confirmou o princípio da territorialidade das jurisdições, mas firmou o princípio da *identidade de tribunais* para portugueses e estranjeiros.

Nem tribunais estranjeiros, nem tribunais privativos para estranjeiros: tal é o princípio do nosso direito, que é o princípio geral dos Estados de civilização europeia.

A par com o princípio da territorialidade das jurisdições, outro princípio domina o nosso direito e o direito daqueles Estados. É o princípio de que os tribunais têm competência tanto em relação aos nacionais como em relação a estranjeiros.

(1) Vide: Dr. Guimarães Pedrosa, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pág. 164 e seg.

Êste nôvo princípio, não só resulta claramente do citado preceito da lei de 1845, mas vê-se dos artigos 25.º, 28.º e 29.º do Código civil, do artigo 20.º do Código de processo civil, do artigo 5.º do Código comercial e do artigo 8.º do Código de processo comercial, os quais mostram à evidência que os estranjeiros podem demandar e ser demandados perante os tribunais portugueses.

Ainda um terceiro princípio geral se colhe dos textos citados, e é que os tribunais portugueses podem conhecer de acções relativas tanto a factos ocorridos em Portugal como a factos passados em país estranjeiro.

Um quarto princípio geral, da maior importância, informa o nosso direito. Consiste em que, salva disposição expressa de lei em sentido contrário, os tribunais portugueses são competentes, para conhecer de acções em que intervenham estranjeiros, nos mesmos termos em que são competentes para conhecer de acções em que intervêm portugueses.

Êste princípio resulta do artigo 26.º do Código civil, combinado com os artigos 12.º, 2535.º, 2536.º e 2537.º do mesmo Código.

O artigo 26.º equipara, em princípio, os estranjeiros aos portugueses quanto ao gôzo de direitos civis, o artigo 12.º determina que a lei que reconhece um direito legitima os meios de o tornar efectivo, e os artigos 2535.º a 2537.º declaram que os únicos meios normalmente legítimos para defender os próprios direitos são os juízos e as acções; logo, é da mais rigorosa lógica a conclusão de que os estranjeiros têm, em princípio, o direito de recorrer aos tribunais nos mesmos termos em que o têm os cidadãos portugueses.

Êste princípio da equiparação entre nacionais e estranjeiros, perante os tribunais de justiça, produziu três consequências práticas de valor — a respeito da *cautio judicatum solvi*, da assistência judiciária gratuita, e da prisão por dívidas.

1.º) *Cautio judicatum solvi*. Pela Ordenação do livro III, título 20, § 6.º, o estranjeiro autor era obrigado, se assim fosse requerido pelo réu, a dar fiança às custas, dentro do prazo que lhe fosse assinado, sob pêna de ser condenado nas custas e o réu absolvido da instância. E, neste ponto, o direito português estava em harmonia com o direito geral da Europa.

Esta exigência caiu, porém, em desuso entre nós, de modo que quando Pereira e Sousa escreveu as suas *Primeiras linhas sôbre o processo civil*, apenas se usava em matéria comercial quando o capitão de navio estranjeiro, obrigado para com um negociante da praça, pretendesse fazer sair o navio e arrecadar os fretes (1).

Por fim, mesmo esta última exigência desapareceu, não sendo estabelecida a caução às custas por nenhuma das nossas leis modernas sôbre processo civil ou comercial.

E, dêste modo, o direito português antecipou-se à convenção da Haia de 14 de novembro (artigo 11.º), hoje substituída pela convenção de 17 de julho de 1905 (artigo 17.º), as quais estabeleceram a igualdade entre nacionais e estranjeiros quanto à caução às custas, como se vê da letra da convenção de 1905: «Nenhuma caução ou depósito, sob qualquer denominação, pode ser exigida, com fundamento na qualidade de estranjeiro, ou na falta de domicílio ou residência no país, aos cidadãos de um dos Estados contratantes que, tendo o seu domicílio num dêstes Estados, forem autores ou assistentes em processo perante os tribunais de outro dos mesmos Estados. A mesma regra se aplicará ao preparo que for exigido aos autores ou assistentes para garantir as custas judiciais. Continuarão em vigor as convenções pelas quais uns ou outros dos Estados contratantes tiverem estipulado para os seus cidadãos a dispensa da caução *judicatum solvi* ou do preparo das custas judiciais independentemente da condição de domicílio» (2).

2.º) *Assistência judiciária.* A lei de 25 de julho de 1899, que concedeu entre nós a assistência judiciária gratuita aos litigantes pobres (artigo 1.º), dispõe no artigo 29.º: «As disposições da presente lei são aplicáveis aos estranjeiros que residirem em Portugal».

(1) Pereira e Sousa, ob. cit., § 175 e nota 374; Dr. Guimarães Pedrosa, ob. cit., pág. 167.

(2) As convenções da Haia de 1896 e 1905 tiveram por fim estabelecer entre nacionais e estranjeiros uma igualdade que, dos Estados contratantes, apenas existe na Dinamarca, Itália, Noruega, Portugal e Ruménia. Nos demais Estados contratantes — Alemanha, Austria, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Luxemburgo, Rússia, Suécia e Suíça (alguns cantões), — ainda era e é exigida, em maior ou menor extensão, a *cautio judicatum solvi* (Vide: *Actes*, de 1893, 2.ª parte, pág. 5 e seg.; *Actes*, de 1894, pág. 104; Weiss, *Traité*, v, págs. 385, 391, 393, 401, 408, 423, 426, 429 e 431).

Aqui aparece a igualdade *condicionada* pela *residência*. E uma imperfeição da lei.

Nas relações de Portugal com os Estados signatários da convenção de 17 de julho de 1905 sôbre o processo civil, é esta imperfeição corrigida pelo artigo 20.º da convenção, que estabelece a igualdade entre nacionais e estranjeiros sem condições, nestes termos: «Os cidadãos de cada um dos Estados contratantes serão admitidos a gozar em todos os outros Estados contratantes da assistência judiciária gratuita, como os nacionais, desde que se conformem com a legislação do Estado onde reclamarem a assistência judiciária gratuita» (1).

3.º) *Prisão por dívidas.* A prisão por dívidas tende a desaparecer, quer como providência conservatória, quer como meio de execução. Algumas legislações, porém, tendo-a

(1) Nos artigos 21.º a 23.º regula a convenção o modo de demonstrar a indigência para o efeito de obter a assistência judiciária. Eis a letra dêsses artigos:

«Artigo 21.º Em todos os casos, o certificado ou a declaração de indigência deve ser passado ou autenticada pelas autoridades da residência habitual do estranjeiro ou, na falta desta, pelas autoridades da sua residência actual. No caso de estas últimas autoridades não pertencerem a um Estado contratante e não autenticarem ou não passarem certificados ou declarações desta natureza, bastará um certificado ou uma declaração passado ou autenticada por um agente diplomático ou consular do país a que pertencer o estranjeiro.

«Se o requerente não residir no país onde a petição for formulada, o certificado ou a declaração de indigência serão legalizados gratuitamente por um agente diplomático ou consular do país onde o documento houver de ser apresentado.

«Artigo 22.º A autoridade competente para passar o atestado ou autenticar a declaração de indigência poderá solicitar dos outros Estados contratantes informações sôbre as condições de fortuna do requerente.

«A autoridade encarregada de estatuir sôbre a petição de assistência gratuita conserva, nos limites das suas atribuïções, o direito de verificar a exactidão dos certificados, declarações e informações que lhe são apresentados.

«Artigo 23.º Se o benefício da assistência judiciária gratuita tiver sido concedido a um cidadão de um dos Estados contratantes, as notificações relativas ao mesmo processo que tiverem de fazer-se em outro dêsses Estados não poderão dar lugar senão ao reembôlso pelo Estado requerente ao Estado requerido das custas ocasionadas pelo emprêgo de uma forma especial em virtude do artigo 3.º.

«No mesmo caso, a execução das cartas rogatórias não dará lugar senão ao reembôlso pelo Estado requerente ao Estado requerido das indemnizações pagas às testemunhas ou aos peritos, bem como das custas determinadas pela eventual aplicação do artigo 14.º, alínea 2.ª» (Emprêgo de forma especial de processo para o cumprimento de rogatórias, como adiante se dirá).

Da coordenação dos três artigos transcritos resulta a seguinte dou-

abolido para os nacionais, conservam-na para os estranjeiros (1), desigualdade que a convenção de 1905 também suprimiu no artigo 24.º, redigido nestes termos: «A prisão por dívidas, quer como meio de execução, quer como providência simplesmente conservatória, não poderá, em matéria civil ou comercial, ser aplicada aos estranjeiros pertencentes a um dos Estados contratantes, nos casos em que não for aplicável aos nacionais. Qualquer facto que puder ser invocado por um nacional (2), domiciliado no país, para obter a saída da prisão, deverá surtir o mesmo efeito a favor do cidadão de um Estado contratante, ainda quando êste facto tenha ocorrido em país estranjeiro» (3).

Na legislação portuguesa também êste princípio de igualdade entre nacionais e estranjeiros já estava realizado ao tempo em que foi concluída a convenção de 1896, cujo artigo 17.º era igual à primeira parte do artigo 24.º da convenção de 1905.

Com efeito, a prisão por dívidas, já um caso raro na nossa legislação (4), era estabelecida de modo igual para nacionais e para estranjeiros.

trina: 1.º) a lei reguladora da concessão da assistência é a lei do país em que a assistência é pedida; 2.º) a necessidade de um *certificado* de indigência ou a suficiência de uma *declaração* de indigência feita pelo solicitante é regulada pela lei do país cuja autoridade for competente para passar o certificado ou para legalizar a declaração, isto é, pela lei do país da residência habitual ou da residência actual do solicitante ou pela lei nacional do mesmo solicitante (artigo 21.º); 3.º) as autoridades dos Estados contratantes, quando competentes, são *obrigadas* a passar os certificados ou a autenticar as declarações de indigência; 4.º) é gratuita a legalização de tais certificados ou declarações; 5.º) a autoridade a quem é pedida a assistência pode verificar a exactidão dos mesmos certificados e declarações.

Com os preceitos que estabeleceu, a convenção, também neste ponto, teve por fim assegurar aos estranjeiros um benefício que, em muitos Estados, lhes é recusado ou apenas lhes é reconhecido sob a condição de reciprocidade. A primeira categoria pertencem, por exemplo, a Bélgica e a Espanha, e à segunda pertencem a Alemanha e a Austria (Vide: Weiss, *Traité*, v, pág. 579; Darras et de Lapradelle, *Répertoire de droit international privé*, 1, pág. 636 e seg.).

(1) *Actes de la deuxième conférence de la Haye*, 1894, pág. 99.

(2) A declaração de falência, por exemplo (Vide *Actes*, de 1904, pág. 100).

(3) *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 49.º, n.º 2030, pág. 131.

(4) Vide Código do processo civil, artigo 373.º, 721.º, § 8.º, 825.º e 859.º. Sôbre se êstes artigos estão em vigor em face do artigo 3.º, n.º 16.º, da Constituïção politica, vide: Dr. Marnoco e Sousa, *Constituïção politica*, comentário, pág. 128; Drs. P. Loureiro e M. de Almeida, *Código do processo civil nos tribunais*, II, pág. 38 e 39.

Vejamos agora como, dentro dos princípios expostos, se deve organizar, em face dos textos, a

II — *Teoria legal*. Conhecidos os princípios gerais que informam o direito português acêrca da competência jurisdicional, segue-se determinar as linhas gerais da sua organização legal.

a) *Os textos da lei*. A nossa investigação começará, naturalmente, pelo inventário dos textos das nossas leis onde se formulam preceitos relativos à competência dos tribunais portugueses para conhecer de acções em que intervenham estranjeiros, ou a actos praticados por portugueses em país estranjeiro.

Código civil: «Artigo 25.º Os portugueses, que contraem obrigações em país estranjeiro, podem ser demandados no reino pelos nacionais ou estranjeiros com quem as hajam contraído, se nele tiverem domicílio.

«Artigo 28.º Os estranjeiros, sendo encontrados neste reino, podem ser demandados perante as justiças portuguesas pelas obrigações contraídas com portugueses em país estranjeiro.

«Artigo 29.º Os estranjeiros podem, igualmente, ser demandados por outros estranjeiros perante as justiças portuguesas, por obrigações contraídas no reino, se nele forem encontrados».

Código de processo civil: «Artigo 20.º O português ou estranjeiro, que tiver domicílio fora do reino, pode ser demandado perante as justiças portuguesas do lugar onde for encontrado, fundando-se a causa em obrigação por êle contraída no reino, ou com português em país estranjeiro».

Código comercial: «Artigo 5.º Os portugueses que, entre si ou com estranjeiros, contraírem obrigações comerciais fora do reino, e os estranjeiros que, entre si ou com portugueses no reino as contraírem, podem ser demandados perante os competentes tribunais do reino pelos nacionais ou estranjeiros com quem as hajam contraído, se nele tiverem domicílio ou forem encontrados».

Código de processo comercial: «Artigo 8.º (Reproduz o artigo 5.º do Código comercial).

b) *Categorias de acções abrangidas pelos textos*. A leitura dos textos mostra que as nossas leis, ao formu-

lar preceitos acêrca da competência internacional dos tribunais portugueses, apenas falaram em *obrigações*. Ora, sendo certo que a acção judiciária pode respeitar ao estado das pessoas e a algum dos grupos de relações jurídicas — obrigações, direitos reais, relações de família e sucessões, importa, antes de mais, determinar o alcance da palavra *obrigações* empregada nos textos citados, e bem assim determinar o significado do silêncio dos mesmos textos acêrca das acções relativas ao estado das pessoas, aos direitos reais, às relações de família e às sucessões.

Na linguagem jurídica, a palavra *obrigação* tem um sentido geral e um significado técnico. O sentido geral é o formulado no artigo 2.º do Código civil, nestes termos: — *obrigação é a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos*. No seu sentido técnico, a obrigação é — *uma relação jurídica patrimonial entre duas pessoas, pela qual uma delas fica adstrita para com outra a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa*. Neste sentido não é a *obrigação* definida no nosso direito, mas é por êle evidentemente reconhecida, como se vê, por exemplo, dos artigos 702.º e seguintes do Código civil.

Qual será o seu significado nos textos citados?

A expressão — *obrigações contraídas* —, que sempre se lê nos textos em questão, podia, quando considerada isoladamente, parecer indicar que o legislador quis referir-se às obrigações consideradas como categoria patrimonial, pois, dizendo *contraídas com*, a linguagem legal parece exprimir a idea de um vínculo estabelecido entre duas pessoas, uma das quais assumiu o compromisso de dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Contudo, não podemos considerar aquela expressão isoladamente. Precisamos de ver onde ela apareceu pela primeira vez e verificar qual foi o sentido que o legislador aí lhe quis atribuir, o que só poderá conseguir-se perscrutando o fim que a lei se propôs realizar quando a empregou.

Foi no Código civil, nos artigos 25.º, 28.º e 29.º, que pela primeira vez a expressão foi empregada. Os Códigos posteriores foram atrás do Código civil, imitando-o e reproduzindo a sua linguagem, embora ampliando as suas disposições.

Ora, entre o artigo 25.º e os artigos 28.º e 29.º do Código civil, está o artigo 26.º, onde também se emprega a palavra *obrigações*, e cujo preceito vamos transcrever, por o considerarmos fundamental para resolver a questão. Ei-lo: «Os estranjeiros que viajam ou residem em Portugal, *têm os mesmos direitos e obrigações civis* dos cidadãos portugueses, emquanto aos actos que hão de produzir os seus efeitos neste reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrário, ou se existir tratado ou convenção especial que determine e regule de outra forma os seus direitos».

Neste artigo a palavra *obrigações* é empregada, evidentemente, num sentido geral e significa *qualquer obrigação civil*, pessoal ou patrimonial.

Em primeiro lugar, os estranjeiros têm em Portugal os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portugueses, e os cidadãos portugueses não têm apenas direitos e obrigações de carácter patrimonial, nem os direitos patrimoniais se restringem *aos direitos de crédito*, que são equivalentes às obrigações consideradas no seu sentido técnico, mas também têm direitos de carácter pessoal, como são os respeitantes às relações de família, assim como têm direitos reais, que constituem uma categoria de direitos patrimoniais bem diferente dos direitos de crédito ou obrigações. Em verdade, nunca ninguém deu nem poderia dar ao artigo 26.º o entendimento de que êle apenas concedia aos estranjeiros os direitos de crédito e lhes impunha as obrigações correspondentes, negando-lhes os direitos reais, os direitos de família e os direitos de sucessão.

É evidente, pois, que a palavra *obrigações* tem no artigo 26.º o significado de *qualquer obrigação civil*, correspondente a *qualquer direito civil*, isto é, tem no artigo 26.º o sentido que lhe é dado no artigo 2.º.

Mas, se assim é, evidente se torna, em segundo lugar, que nos artigos 25.º, 28.º e 29.º a palavra *obrigações* tem igualmente o significado geral do artigo 2.º, não só por ser natural que o legislador usasse em preceitos vizinhos e sôbre o mesmo assunto — a situação jurídica, perante o direito português, dos estranjeiros entre si ou nas suas relações com portugueses — a mesma palavra no mesmo sentido, mas porque nos arti-

gos 28.º e 29.º se estabelece o meio de tornar efectivos os direitos e as obrigações que no artigo 26.º se concedem ou impõem aos estranjeiros. Os artigos 28.º e 29.º são, com efeito, uma continuação lógica e sanção do artigo 26.º e, por isso, a palavra *obrigações* deve ter em todos a mesma significação.

E, se é tal o significado da palavra *obrigações* nos artigos 25.º, 28.º e 29.º do Código civil, igual é o seu significado nos lugares correspondentes dos Códigos de processo civil, comercial, e de processo comercial, que, sem dúvida alguma, imitaram o Código civil na linguagem por êste empregada (1).

Demais, a fórmula *direitos e obrigações civis* do art. 26.º do Código civil é reproduzida do artigo 3.º do mesmo Código, onde se encontra definida e onde clarìssimamente compreende *todos* os direitos e obrigações de carácter privado (2).

c) *Natureza dos factos determinantes da competência.* Pelo artigo 26.º do Código civil, os estranjeiros têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portugueses *emquanto aos actos que hão de produzir os seus efeitos em Portugal.* Dêste preceito resulta imediatamente que os tribunais portugueses só podem ser competentes relativamente a estranjeiros quando se trate de direitos ou obrigações derivados de actos que hajam de produzir efeitos em Portugal. Mas qual será o significado da palavra *actos* e qual o sentido da expressão — *actos que hão de produzir os seus efeitos em Portugal,* expressão igualmente empregada no artigo 24.º?

O dr. Chaves e Castro, versando esta questão, escreve

(1) Devemos notar que o entendimento da palavra *obrigações* no sentido de compreender, quer directamente, quer por analogia, *todas as obrigações civis* correspondentes a *todos os direitos civis* tem sido adoptado tanto pela doutrina como pela jurisprudência preponderante (Vide: Dr. Chaves e Castro, ob. cit., pág. 665; Dr. J. Alberto dos Reis, *Processo ordinário civil e comercial,* I, pág. 183: Dr. Alves de Sá, *Primeiras explicações do Código comercial português,* I, pág. 318; *Gazeta da Relação de Lisboa,* XXX, pág. 77; *Boletim da Faculdade de Direito,* III, pág. 31; *Revista de legislação e de jurisprudência,* XLV, pág. 210).

(2) A letra do artigo 3.º, que é terminante, diz: «Se os direitos e obrigações se limitam às relações recíprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado, em questões de propriedade ou de direitos meramente individuais, êsses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado contido no Código civil, excepto na parte que é regulada por lei especial».

o seguinte: «*Acto,* sinónimo de *acção,* em geral, é *todo o facto ou omissão, praticado por uma pessoa no uso da sua razão;* e se dele resulta criação, extinção ou alteração de direitos ou obrigações chama-se *acto de direito,* que pode ser *lícito* ou *ilícito,* conforme é ou não permitido por lei; se o facto é voluntário, e tem por fim criar, modificar, transferir, ou extinguir direitos ou obrigações, diz-se *acto jurídico.*

«Nos artigos 24.º e 26.º do Código civil a palavra — *actos* — compreende, não só os *actos jurídicos,* senão também os *actos de direito,* porque o artigo 26.º, sem exigir a *voluntariedade* do agente, reconhece que dos actos mencionados no mesmo artigo resultam *direitos e obrigações*» (1).

É nosso parecer que a palavra actos tem no artigo 26.º toda a extensão que lhe atribui o dr. Chaves e Castro, e que abrange ainda, além de factos das pessoas de que resultam direitos e obrigações, quaisquer contingências previstas pela lei, de que também direitos e obrigações podem resultar.

Nenhuma dúvida pode haver de que o artigo abrange os contratos, os quási-contratos, os delitos e os quási delitos, isto é, todos os factos das pessoas, lícitos ou ilícitos, de que podem resultar direitos ou obrigações. Por um lado, é evidente que na palavra *actos* se compreendem, por exemplo, os contratos e, por outro lado, não é natural que o legislador não quisesse sujeitar os estranjeiros à responsabilidade civil por factos ilícitos praticados em Portugal. Isto mostra, claramente, que a palavra *actos* abrange todos os factos das pessoas, lícitos ou ilícitos, de que possam derivar direitos ou obrigações.

Mas nem só de factos das pessoas resultam os direitos e as obrigações. Estes também resultam de meras contingências previstas pela lei, como a *propriedade de prédios limítrofes,* que dá lugar aos direitos e obrigações existentes entre os proprietários vizinhos, e as *relações de parentesco,* que dão lugar ao direito a alimentos e aos direitos de sucessão. Ninguém poderia afirmar que o legislador não quis conceder iguais direitos e obrigações a todos os proprietários, estranjeiros ou portugueses, ou que quis recusar aos estranjeiros o direito de alimentos ou de sucessão. Mas, se todas estas ordens de direi-

(1) Ob. cit., pág. 658.

tos e obrigações cabem aos estranjeiros, é porque a palavra *actos* do artigo 26.º abrange *todos os factos jurídicos*, seja qual for a sua natureza, de que possam resultar direitos e obrigações. Só dando àquela palavra esta interpretação latitudinária, se pode definir com rigor a situação dos estranjeiros em Portugal e tornar pràticamente efectivo o princípio da igualdade entre nacionais e estranjeiros no campo do direito privado.

E, se é êste o significado da palavra *actos*, qual o alcance da expressão — *actos que hão de produzir os seus efeitos em Portugal?*

Por esta fórmula quis o legislador, certamente, indicar que quaisquer conseqüências de factos respeitantes a estranjeiros, que se produzam em Portugal e que para os portugueses constituam direitos ou obrigações, direitos e obrigações constituem também para os estranjeiros. Assim: se o facto é um contrato, dele derivam direitos e obrigações tanto para estranjeiros como para portugueses; se o facto é um facto ilícito, dele resulta responsabilidade civil tanto para nacionais como para estranjeiros; se o facto é o parentesco, dele resulta o direito de sucessão tanto para uns como para outros. Isto é, na ordem privada, salva disposição da lei em contrário, a vida jurídica de um estranjeiro é equiparada à vida jurídica de um português.

E isto, quer os efeitos dos actos se refiram às pessoas, quer se refiram aos bens. A equiparação entre nacionais e estranjeiros não é limitada à ordem patrimonial; abrange igualmente as relações jurídicas de carácter pessoal. Só assim entendido, o princípio da igualdade entre nacionais e estranjeiros pode ser pràticamente eficaz.

Nem a esta interpretação do artigo 26.º obsta o preceito do artigo 27.º, quando diz que o estado e capacidade dos estranjeiros são regulados pela lei do seu país, e que parece dar a entender que a vida jurídica do estranjeiro se determina pela sua lei nacional em tudo que respeita ao estado e à capacidade das pessoas e, portanto, no fundo, às relações jurídicas de carácter pessoal.

Com efeito, o artigo 27.º não representa uma excepção ao princípio da igualdade jurídica entre nacionais e estranjeiros estabelecida pelo artigo 26.º. Apenas determina a lei

reguladora do exercício dos direitos concedidos aos estranjeiros naquilo em que êsse exercício é influenciado pelo estado e capacidade das pessoas. A relação existente entre os dois artigos pode formular-se do modo seguinte: o artigo 26.º define a *medida dos direitos* que a lei portuguesa reconhece aos estranjeiros; o artigo 27.º *indica a lei competente* para regular o estado e a capacidade, sempre que o exercício de um direito anda ligado com as qualidades jurídicas das pessoas e com os poderes que dessas qualidades derivam para a constituïção das relações jurídicas. O primeiro refere-se ao problema dos direitos dos estranjeiros, e o segundo refere-se ao problema dos conflitos de leis, problemas que correspondem a dois momentos diferentes na vida jurídica dos estranjeiros — a *capacidade jurídica*, ou faculdade de gozar direitos, e o *exercício de direitos*, ou a concretização das faculdades reconhecidas pela lei (1).

d) *Lugar da verificação dos factos determinativos da competência.* Os factos jurídicos a respeito dos quais se pode discutir se os tribunais portugueses são ou não competentes para os apreciar, podem verificar-se quer em Portugal quer em país estranjeiro, e neles podem intervir, ou só portugueses, ou só estranjeiros, ou portugueses e estranjeiros.

Se intervêm só portugueses ou intervêm portugueses e estranjeiros, os textos não dão lugar a dúvidas, reconhecendo todos os críticos que os tribunais portugueses são competentes para deles conhecerem.

Se, porém, aqueles factos interessam sòmente a estranjeiros e se passam em país estranjeiro, já há discussão.

Três sistemas têm sido, com efeito, sustentados entre nós acêrca da competência dos tribunais portugueses relativamente ao julgamento de acções entre estranjeiros, na hipótese de a obrigação haver sido contraída em país estranjeiro: um sistema *limitativo*, um sistema *intermediário*, e um sistema de *igualdade*.

1 — *Sistema limitativo.* Segundo uma primeira corrente doutrinal, a competência dos tribunais portugueses relativa-

(1) Vide: L. 1, n.ºs 2, 3 e 4; Pillet, *Principes*, n.º 15; Dr. J. Alberto dos Reis, *Sucessões*, pág. 99; Ac. S. T. J. de 20-VII-909, *Colecção oficial*, VIII, 39.

mente às acções entre estranjeiros *limita-se* à hipótese de haver sido a obrigação *contraída em Portugal*. É a doutrina de Dias Ferreira (1) e Alves de Sá (2).

11 — *Sistema intermediário*. É o sistema defendido pelo dr. José Alberto dos Reis. Segundo êste professor, os tribunais portugueses são, em princípio, incompetentes para conhecer de acções entre estranjeiros por obrigações contraídas em país estranjeiro. Admite, porém, uma excepção. No seu pensar, os tribunais portugueses ainda em tal caso são competentes para aquelas acções, se o sujeito da obrigação estiver domiciliado em Portugal e o titular do direito não puder demandá-lo em qualquer outro país, por a lei do país a que os interessados pertencem ou a do país onde a obrigação foi constituída exigir, como condição indeclinável de competência, o domicílio do réu em território nacional.

Eis os fundamentos do sistema: «Da combinação do artigo 20.° do Código de processo civil com os artigos 25.°, 28.° e 29.° do Código civil, 5.° do Código comercial e 8.° do Código de processo comercial, vê-se que o legislador fez em primeiro lugar depender a competência dos tribunais portugueses da verificação de uma de duas condições: ser português um dos contraentes, *condição pessoal;* ser a obrigação contraída em território português, *condição real*. Quando nenhuma destas condições se realizar, os tribunais portugueses são incompetentes.

«Tem-se sustentado que, na hipótese de o réu estar domiciliado no reino, os tribunais portugueses são competentes, embora se não verifique nem a condição pessoal, nem a condição real. A competência justifica-se pela combinação dos artigos 25.° e 26.° do Código civil, e pela consideração de que, sendo princípio universal a sujeição do autor ao juízo do domicílio do réu (artigo 16.°), tal princípio não poderia de modo algum executar-se, uma vez que se negasse competência aos tribunais portugueses na hipótese em questão.

(1) *Código de processo civil anotado*, I, pág. 47 e 48.
(2) *Comentário ao Código de processo civil*, I, pág. 475, e *Primeiras explicações do Código comercial português*, pág. 316. O sistema limitativo, entre outros, foi também seguido pelos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de junho de 1915 (*Colecção*, XIV, pág. 173) e de 25 de abril de 1916 (*Boletim da Faculdade de Direito*, III, pág. 10 e seg.).

Afigura-se-nos inaceitável esta solução. Os artigos 25.° e 26.° do Código civil nada têm, a nosso ver, com o caso. O artigo 25.° declara as condições em que podem ser demandados em Portugal os portugueses que hajam contraído obrigações em país estranjeiro. O artigo 26.° apenas estabelece a equiparação jurídica de nacionais e estranjeiros que viajarem ou residirem em Portugal; portanto, aplicado á matéria sujeita, êste artigo sòmente concede aos estranjeiros o *direito de acção;* para sabermos, porém, em que circunstâncias os estranjeiros podem demandar e ser demandados perante os tribunais portugueses, temos de recorrer aos artigos 28.° e 29.° do Código civil, 20.° do Código de processo civil, 5.° do Código comercial e 8.° do Código de processo comercial. Ora em todos êsses artigos se exige, como condição indispensável de competência dos tribunais portugueses, ou que os estranjeiros se hajam responsabilizado com portugueses, ou que a obrigação tenha sido contraída no reino — ou o vínculo pessoal ou o vínculo real. Faltando qualquer deles, o legislador entendeu que não podia estabelecer nem permitir a jurisdição dos tribunais portugueses, isto é, o legislador foi de opinião que a justiça nacional não tinha título nem legitimidade para intervir, quando a soberania pessoal sôbre os cidadãos, ou a soberania real sôbre o território, não pudesse justificar a intervenção. É certo que os portugueses podem ser demandados por estranjeiros em virtude de obrigações contraídas fora do reino, bastando para isso terem domicílio em Portugal; mas daí não é lícito inferir que também os estranjeiros podem ser demandados por estranjeiros por obrigações contraídas fora do reino, uma vez que estejam domiciliados em Portugal. A situação é diversa: além, verifica-se a condição pessoal de ser português um dos contraentes; aqui, tudo falta: condição pessoal e condição real. Pode efectivamente verificar-se a anomalia de ficar o réu privado do benefício de ser demandado no juízo do seu domicílio; mas, como se trata de uma razão de comodidade particular para o réu, não é lícito sobrepô-la às considerações mais elevadas de soberania, em que o legislador se inspirou, ao traçar as normas da competência internacional.

«Só há um caso em que nos parece forçoso quebrar a

rigidez dos princípios: é quando se demonstre ficar o autor privado da possibilidade de demandar o réu. Se a lei do país a que os contraentes pertencem, ou em que a obrigação foi constituída, exigir, como condição indeclinável de competência, o domicílio do réu em território nacional, então os tribunais portugueses devem declarar-se competentes para a acção, aliás não teria o autor outro meio de fazer valer os seus direitos em juízo. Aqui uma necessidade superior se impõe: a de dar garantia judiciária a direitos legìtimamente adquiridos; a negação de competência equivaleria, em tal caso, a denegação de justiça e, portanto, à falta de cumprimento de um dos deveres essenciais do Estado» (1).

Nestas linhas contêm-se os motivos tanto do sistema intermediário como do sistema limitativo. Transcrevemo-las por completo, para melhor apreciarmos êsses sistemas.

III — *Sistema da igualdade.* Em harmonia com uma última corrente doutrinal, os tribunais portugueses são competentes para conhecer de acções entre estranjeiros ainda por obrigações contraídas em país estranjeiro, sempre que estas obrigações derivem de actos que hajam de produzir efeitos em Portugal, e o sujeito da obrigação esteja domiciliado em Portugal ou se verifiquem as condições que, quanto a portugueses e para o efeito da determinação da competência, substituem o domicílio do réu.

Esta doutrina é seguida pelo Dr. Chaves e Castro, que escreve: «Como os estranjeiros que *viajam* ou *residem* em Portugal gozam, relativamente aos *actos que hão de produzir os seus efeitos neste reino*, dos mesmos direitos e obrigações dos cidadãos portugueses (artigo 26.º do Código civil), segue-se que os nossos tribunais de justiça têm jurisdição e competência para conhecer dos *actos de direito* e dos *actos jurídicos*, que sejam praticados por estranjeiros, e que hajam de produzir os seus efeitos em Portugal. O legislador acertadamente não quis limitar a jurisdição e competência dos tribunais de justiça portugueses em relação a estranjeiros ao reconhecimento de *obrigações por estes contraídas*, e por isso ampliou-as àqueles *actos*. Em que lugar deverão tais actos ser praticados?

(1) *Processo ordinário civil e comercial*, I, pág. 173, 175 e 177.

«O artigo 24.º refere-se a *actos* praticados por portugueses que *viajam ou residem em país estranjeiro*, e o artigo 26.º a *actos* praticados por estranjeiros que *viajam ou residem em Portugal*, mas é certo que as nossas leis compreendem também *actos de direito e actos jurídicos praticados por estranjeiros fora do reino, que hão de produzir aqui os seus efeitos*, e a generalidade da palavra — *actos* — abrange tanto os praticados no reino como fora dele» (1).

Foi a mesma doutrina sustentada pela *Gazeta dos tribunais e do notariado* (2), com fundamento no artigo 1.º da lei de 12 de março de 1845, que já conhecemos e que tornou os tribunais portugueses competentes para conhecer das acções em que intervenham estranjeiros nos mesmos termos em que o são para conhecer de acções em que intervenham sòmente portugueses.

Qual a verdadeira doutrina?

É princípio fundamental da nossa lei civil que os estranjeiros gozam em Portugal dos mesmos direitos e estão sujeitos às mesmas obrigações civis que os cidadãos portugueses quanto aos actos que hajam de produzir os seus efeitos em Portugal (Código civil, artigo 26.º).

Êste princípio de igualdade abrange tanto os actos que pelos estranjeiros sejam praticados em Portugal como os que êles pratiquem no estranjeiro, uma vez que êsses actos produzam efeitos em Portugal.

Nenhuma distinção faz o artigo 26.º quanto ao lugar onde os actos são praticados e, pela regra, bem sabida, de que, onde a lei não distingue, não pode distinguir o intérprete, deve, em princípio, concluir-se que o preceito do artigo 26.º abranje os actos praticados em país estranjeiro.

É certo que o artigo se refere aos estranjeiros que *viajam* ou *residem* em Portugal, o que poderia levar a crer que, ao falar de actos praticados por estranjeiros que viajam ou residem em Portugal, apenas queria compreender os actos praticados por estranjeiros que cá viajam ou residem emquanto no país efectivamente viajarem ou residirem. Êste entendimento do artigo 26.º não resiste, porém, à análise

(1) Ob. cit., pág. 659.
(2) Ano I, n.ºs 2 e 3, pág. 17 e 33.

comparativa do mesmo artigo, já com outras disposições do Código civil, já com as disposições de outras leis em que se reconhecem efeitos jurídicos a actos praticados por estranjeiros em país estranjeiro, como demonstrámos noutro lugar (1).

Sendo assim, o princípio de igualdade jurídica entre nacionais e estranjeiros — aproximado do princípio consignado no artigo 12.º do Código civil de que toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensáveis para o seu exercício, coordenado com o princípio, expressamente formulado nos artigos 2535.º a 2537.º do mesmo Código, de que o *direito de acção* é o meio normal de tornar efectivos todos os direitos, e combinado com o princípio estabelecido no artigo 25.º de que os portugueses que contraem obrigações em país estranjeiro podem ser demandados em Portugal pelos nacionais ou estranjeiros com quem as hajam contraído, se em Portugal tiverem domicílio — parece decisivo de que o sistema da nossa lei é o sistema da igualdade de competência dos tribunais portugueses para conhecer de causas relativas a obrigações contraídas em país estranjeiro, desde que o réu esteja domiciliado em Portugal. Em verdade, se um estranjeiro pode demandar um português domiciliado em Portugal por obrigações contraídas em país estranjeiro, e se os estranjeiros estão em Portugal sujeitos às mesmas obrigações que os portugueses quanto aos actos que hajam de produzir os seus efeitos em Portugal, sem qualquer diferença quanto ao lugar onde os actos sejam praticados, parece lógico que um estranjeiro possa demandar outro estranjeiro domiciliado em Portugal por obrigações contraídas no estranjeiro. Isto é lógico e é coerente, pois a igualdade na concessão de direitos e na imposição de obrigações deve ser completada pela igualdade na competência, sendo evidente que os estranjeiros devem poder pedir aos tribunais portugueses a defesa dos direitos que pela lei portuguesa lhes são concedidos.

Vejamos, porém, quais têm sido os embaraços que a esta solução tão coerente e tão lógica a doutrina tem encontrado nos textos legais, para afirmar que é muito outra a doutrina que aí se contém.

(1) L. 1, n.º 50.

Das disposições dos artigos 25.º, 28.º e 29.º do Código civil e 20.º do Código de processo civil, observa o dr. José Alberto dos Reis (o único escritor que, a bem dizer, procurou justificar a doutrina limitativa), vê-se que o legislador português tornou dependente a competência dos tribunais portugueses, para conhecer de acções em que intervêm estranjeiros, da existência de uma de duas condições, ou uma *condição pessoal*, a nacionalidade portuguesa de uma das partes, ou uma *condição real*, a prática do acto em território português. E porque?

Pelo artigo 25.º do Código civil, o *português* que contrai obrigações em país estranjeiro pode ser demandado pelos portugueses ou estranjeiros com quem as haja contraído, se estiver *domiciliado* em Portugal. Neste artigo exige a lei a *condição pessoal*, a nacionalidade portuguesa do réu.

Pelo artigo 28.º, os estranjeiros *encontrados em Portugal* podem ser demandados em Portugal por *portugueses* pelas obrigações contraídas em país estranjeiro. Ainda a *condição pessoal*, a nacionalidade portuguesa do autor.

Pelo artigo 29.º, os *estranjeiros encontrados em Portugal* podem ser demandados perante as justiças portuguesas por outros *estranjeiros* por obrigações *contraídas em Portugal*. Agora a *condição real*, a constituïção da obrigação em território português.

Finalmente, pelo artigo 20.º do Código de processo civil, o *português* que tenha *domicílio fora de Portugal* pode ser demandado perante as justiças portuguesas do *lugar onde for encontrado* por portugueses ou estranjeiros por obrigações contraídas quer em Portugal quer em país estranjeiro; e o estranjeiro *encontrado em Portugal* pode ser demandado perante os tribunais portugueses ou por *português*, onde quer que a obrigação tenha sido contraída, ou por outro estranjeiro por obrigações contraídas *em Portugal*. No primeiro caso, exige a lei a *condição pessoal*, a nacionalidade do réu; no segundo, exige ou a *condição pessoal*, a nacionalidade portuguesa do autor, ou a *condição real*, a constituïção da obrigação em Portugal, se o autor for estranjeiro.

Sempre, portanto, conclui o dr. Reis, a condição pessoal ou a condição real a determinar a competência dos tribunais portugueses relativamente a estranjeiros. Logo, se qualquer

das condições se não verificar, os tribunais portugueses são incompetentes, pois, embora o artigo 26.º conceda o direito de acção aos estranjeiros, em virtude do princípio de igualdade jurídica aí estabelecido entre nacionais e estranjeiros, o mesmo artigo apenas mantém o princípio de igualdade para os casos em que a lei não determine o contrário, e os artigos 28.º e 29.º do Código civil e 20.º do Código de processo pertencem ao número dos casos em que a lei determina o contrário, emquanto regulam o exercício do direito de acção, relativamente aos estranjeiros, de modo diverso daquele por que êle é regulado relativamente aos nacionais.

Embora se apresente como triunfante, a conclusão daquele professor não passa, em nosso conceito, de uma aparência, aliás sugestiva, resultante de uma análise incompleta, em nosso critério, dos artigos 25.º, 28.º e 29.º do Código civil e do artigo 20.º do Código de processo civil. Desde que na análise dos referidos artigos se atente no valor que a lei atribuiu ao *lugar em que for encontrado* o sujeito da obrigação, como sucedâneo do *domicílio* como elemento determinante da competência, a conclusão terá de ser outra ou, pelo menos, não poderá ser tão terminante.

Os artigos 28.º e 29.º do Código civil e o artigo 20.º do Código de processo civil tiveram por fim estabelecer uma regra de competência *subsidiária*, determinada pelo lugar em que seja encontrado o sujeito da obrigação, quando êste não tenha domicílio em Portugal. Se o tiver, pouco importa a sua nacionalidade e pouco importa o lugar onde foi contraída a obrigação. Fica de pé o princípio da competência do tribunal do domicílio tanto para nacionais como para estranjeiros. Assim o exigem os artigos 25.º e 26.º do Código civil e o artigo 16.º do Código de processo civil, sem que nenhum obstáculo criem àquele princípio os artigos 28.º e 29.º do Código civil e o artigo 20.º do Código de processo civil.

Demonstremos.

É velho princípio do nosso direito que o *domicílio do réu* determina, em regra, a competência do tribunal para a exigência do cumprimento das obrigações (1).

(1) Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, I, titulo VII, § 26.º.

Era êsse o princípio vigente ao tempo da elaboração e promulgação do Código civil, como se vê do artigo 178.º da Novíssima Reforma Judiciária: «Os juízes de primeira instância dos lugares, onde os réus forem domiciliados, são os competentes para o conhecimento de suas causas nos termos e pela forma prescrita neste decreto».

O mesmo princípio era formulado no artigo 2704.º do projecto primitivo do Código civil, nos seguintes termos: «Todas as acções não compreendidas nos três artigos precedentes (competência em caso de prorrogação de jurisdição, competência para as acções possessórias e imobiliárias, e competência para as acções conservatórias não dirigidas contra pessoas determinadas) serão propostas no juízo do domicílio do réu, ou da sua residência, se domicílio não tiver».

Foi o princípio finalmente consignado no artigo 16.º do Código de processo civil nesta singela fórmula: «O réu deve ser demandado no foro do seu domicílio».

Recordado o princípio geral de competência dos tribunais portugueses para as acções que tendam à exigência do cumprimento de obrigações, procuremos determinar a função que êle desempenha na teoria legal da competência internacional dos mesmos tribunais.

O princípio da competência do foro do domicílio do sujeito da obrigação foi aplicado no artigo 25.º do Código civil, onde se determina que o português *domiciliado* em Portugal pode ser demandado perante os tribunais portugueses, quer por portugueses quer por estranjeiros, por obrigações contraídas em país estranjeiro. Êste artigo impõe certamente aos portugueses domiciliados em Portugal a *obrigação* de responder no foro do seu domicílio por obrigações contraídas em país estranjeiro e, correlativamente, concede ao titular do direito a *faculdade* de os demandar naquele foro.

Sendo assim, a aproximação entre o artigo 25.º e o artigo 26.º levava naturalmente à conclusão de que um estranjeiro tem o direito de demandar outro estranjeiro domiciliado em Portugal por obrigações contraídas em país estranjeiro, salvo o caso de a lei *expressamente* determinar o contrário, pois, se o estranjeiro é equiparado juridicamente ao cidadão português, e êste, quando domiciliado em Portugal, tem a *obrigação* de responder no foro do seu domicílio por obriga-

ções contraídas em país estranjeiro, e, por seu lado, o titular do direito, mesmo quando estranjeiro, tem a *faculdade* de o demandar naquele foro, seguia-se lògicamente que o estranjeiro domiciliado em Portugal podia ser demandado por outro estranjeiro por obrigações constituídas em país estranjeiro, desde que o sujeito da obrigação estivesse domiciliado em Portugal.

Mas, acodem os sectários da doutrina limitativa, não pode admitir-se semelhante conclusão, por isso que a lei determina expressamente o contrário no artigo 29.º, quando diz que os estranjeiros podem ser demandados por outros estranjeiros perante as justiças portuguesas por obrigações contraídas em Portugal, se nele forem encontrados. Isto significa, afirmam, que só por obrigações contraídas em Portugal é que um estranjeiro pode demandar outro estranjeiro perante as justiças portuguesas, carecendo estas de competência quando a obrigação seja contraída em país estranjeiro.

Dirá em verdade o artigo 29.º alguma coisa em contrário ao princípio de igualdade entre portugueses e estranjeiros estabelecido no artigo 26.º? E, se o diz, em que sentido será a sua disposição? Será no sentido de *restringir* os direitos e obrigações dos estranjeiros? Será no sentido de os *ampliar?*

O artigo 29.º dá competência às justiças portuguesas para conhecer de acções entre estranjeiros por obrigações contraídas no país, se o sujeito da obrigação nele for encontrado. Para êste artigo contrariar o princípio de igualdade estabelecido no artigo 26.º, torna-se necessário atribuir-lhe o seguinte significado: *um estranjeiro só pode demandar outro estranjeiro perante as justiças portuguesas por obrigações contraídas em território português.*

Todavia, semelhante interpretação sòmente poderia justificar-se ou considerando não escritas as palavras finais do artigo 29.º, *se nele forem encontrados,* ou entendendo estas palavras como equivalendo à fórmula — *se nele tiverem domicílio.*

Se no artigo 29.º não houvesse as palavras — *se nele forem encontrados,* tínhamos de entender que os estranjeiros deveriam demandar outros estranjeiros em harmonia com o princípio geral da determinação da competência pelo domicílio do réu, e seria lógico concluir que, limitando-se

o legislador a indicar a hipótese de a obrigação ter sido contraída em Portugal, só para essa hipótese tinha querido reconhecer a competência dos tribunais portugueses para julgar acções entre estranjeiros. Não seria, em verdade, legítimo ampliar aquela competência a hipóteses de menor conexão com as justiças portuguesas do que a hipótese formulada pelo legislador.

As palavras citadas tornam, porém, ilegítima esta aplicação do argumento *a contrario,* a não ser que elas significassem a mesma coisa que est'outras — *se nele tiverem domicílio.* Em tal caso, seriam tais palavras inúteis, pois, se o legislador tornava competentes os tribunais portugueses para conhecer de acções entre estranjeiros por obrigações contraídas em Portugal, e era princípio do nosso direito que o réu deve ser demandado no foro do seu domicílio, escusado era escrever aquelas palavras, por isso que, dada a competência dos tribunais portugueses, de logo se inferia que era competente o foro do domicílio do réu.

Serão, porém, equivalentes as duas fórmulas — se *nele forem encontrados* e *se nele tiverem domicílio?* De modo nenhum. A essa equivalência opõem-se: 1.º) a comparação do artigo 29.º com o artigo 25.º; 2.º) a sua comparação com a doutrina legal do domicílio; 3.º) a clara disposição do artigo 20.º do Código de processo civil.

1.º) O legislador usara no artigo 25.º a fórmula — se *nele tiverem domicílio,* e não é de crer que tão poucos artigos depois quisesse exprimir a mesma idea pela fórmula tão diferente — se *nele forem encontrados.*

2.º) Os artigos 40.º a 54.º do Código civil mostram claramente que o domicílio é coisa diferente do lugar onde o indivíduo é encontrado, pois, sendo o domicílio a residência permanente, é evidente que o indivíduo pode ser encontrado fora do lugar do seu domicílio.

3.º) O artigo 20.º do Código de processo civil vem mostrar, não só que a lei deu significado diferente às fórmulas — *lugar do domicílio* e *lugar onde for encontrado,* mas até contrapôs as duas fórmulas. Com efeito, é inteiramente expressiva a letra do artigo: «O português ou estranjeiro, *que tiver domicílio fora do reino,* pode ser demandado perante as justiças portuguesas do *lugar onde for*

encontrado, fundando-se a causa em obrigação por êle contraída no reino ou com português em país estranjeiro».

As palavras — se *nele forem encontrados* não equivalem, pois, às palavras — *se nele tiverem domicílio*, não podem, por isso, considerar-se não escritas, tornando-se ao contrário preciso determinar o fim que o legislador teve em vista ao escrevê-las.

Êsse fim pô-lo em evidência o Código de processo civil.

Êste Código, depois de estabelecer o princípio geral de que o réu deve ser demandado no foro do seu domicílio (artigo 16.º), declara (artigo 20.º) que o português ou estranjeiro que tem o seu domicílio fora de Portugal pode ser demandado no lugar em que for encontrado em certas e determinadas hipóteses. O fim do legislador é manifesto: consistiu em formular uma regra de competência *subsidiária* — a competência do foro do lugar onde for encontrado o sujeito da obrigação, na hipótese de êle estar domiciliado fora de Portugal e de se darem as circunstâncias pelo legislador previstas de a obrigação haver sido contraída em Portugal ou com português em país estranjeiro.

A doutrina legal parece, pois, ser esta:

a) O sujeito da obrigação pode ser sempre demandado no juízo do seu domicílio, independentemente da nacionalidade das partes e do lugar de constituïção da obrigação;

b) Quando o sujeito da obrigação não tenha domicílio em Portugal, pode ser demandado perante as justiças portuguesas do lugar onde for encontrado, uma vez que se trate de obrigação (1) contraída em Portugal ou com português em país estranjeiro.

Depois de tudo que deixamos dito, esta doutrina resulta

(1) Quando a obrigação tenha sido contraída em país estranjeiro e o réu não tenha domicílio em Portugal e, por isso, a competência dos tribunais portugueses só possa fundar-se na nacionalidade portuguesa de uma das partes, é necessário provar que uma destas tem a qualidade de cidadão português, como julgou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de abril de 1872 (*Direito*, IV, pág. 389), devendo, porém, considerar-se português, para êsse efeito, o indivíduo nascido em Portugal, emquanto se não provar a sua naturalização em país estranjeiro, como julgou o mesmo tribunal em acórdão, de 4 de agosto de 1905 (*Gazeta*, XIX, pág. 741; *Colecção*, V, pág. 403). Para a doutrina dêstes últimos acórdãos ser inteiramente exacta, é necessário entender a palavra *naturalização* no sentido mais geral, isto é, como compreendendo o casamento e a opção de nacionalidade (L. I, n.º 33).

claramente, em nosso entender, da comparação dos artigos 25.º e 26.º do Código civil, e da comparação dos artigos 16.º e 20.º do Código de processo civil.

Á nossa interpretação poderia, porém, levantar-se uma objecção. Seria esta: o artigo 16.º do Código de processo civil deve ser interpretado pelo artigo 20.º, sendo o juízo do domicílio competente para as acções em que intervenham estranjeiros apenas nas hipóteses indicadas neste artigo, isto é, quando a obrigação tenha sido contraída em Portugal ou com português em país estranjeiro e, portanto, apenas quando se verifique uma das duas condições — ou da nacionalidade portuguesa de uma das partes ou de a obrigação haver sido contraída em Portugal.

Semelhante objecção não é, porém, de modo algum procedente.

Pelo modo por que está redigido, o artigo 20.º mostra claramente que o legislador quis: 1.º) deixar de pé o princípio da competência do foro do domicílio, independentemente da nacionalidade do réu, pois diz — *o português ou estranjeiro que tiver domicílio fora do reino*, o que bem indica que a sua disposição não é para a hipótese de haver domicílio no país, mas para a hipótese inversa; 2.º) ampliar a jurisdição dos tribunais portugueses com uma regra de competência *excepcional*, determinada pela simples circunstância de o sujeito da obrigação *ser encontrado* em Portugal. Sendo assim, o artigo 20.º não pode ser considerado como *regulamentação* do artigo 16.º, mas como estatuindo uma *excepção*, com a qual não podemos restringir a regra geral, quanto às hipóteses que esta abrange.

De mais, compreende-se muito bem que o legislador reduzisse a um menor número de hipóteses a competência do juízo do lugar onde for encontrado o sujeito da obrigação, relativamente à competência do juízo do domicílio, pois, no primeiro caso, existe muito menor conexão entre o sujeito da obrigação e os tribunais portugueses, do que existe no segundo caso. O domicílio em Portugal representa um laço bem mais forte do que a mera circunstância de o indivíduo ser encontrado no país, e não era natural que o legislador quisesse atribuir conseqüências iguais a situações tão diferentes.

Nem se diga que a legitimidade da interpretação do artigo 16.º pelo artigo 20.º é apoiada pela disposição do artigo 5.º do Código comercial, reproduzida no artigo 8.º do Código de processo comercial, cuja letra diz—«Os portugueses que, entre si ou com estranjeiros, contraírem obrigações comerciais fora do reino, e os estranjeiros que, entre si ou com portugueses, no reino as contraírem, podem ser demandados perante os competentes tribunais do reino pelos nacionais ou estranjeiros com quem as hajam contraído, se nele tiverem domicílio ou forem encontrados»—, por o artigo referir às hipóteses de a obrigação ser contraída em Portugal ou com português em país estranjeiro, tanto a competência do foro do domicílio, como a competência do juízo do lugar onde for encontrado o sujeito da obrigação.

Em primeiro lugar, diremos que, embora aquele artigo devesse ser entendido em harmonia com o sistema limitativo, não poderia por êle interpretar-se o artigo 20.º do Código de processo civil, já porque a redacção dos artigos é diferente, já porque o direito comercial constitui lei especial, e as leis especiais não podem ser invocadas para restringir a aplicação da lei geral (Código civil, artigo 12.º).

Em segundo lugar, é nossa opinião que a citada disposição do Código comercial não pode nem deve ser entendida em harmonia com o sistema limitativo. Nessa disposição dá-se competência tanto ao foro do domicílio como ao do lugar onde for encontrado o sujeito da obrigação para as hipóteses, aí previstas, de uma das partes ser português ou de a obrigação ser contraída em Portugal, e de modo algum se restringe a competência do foro do domicílio a essas hipóteses. Em tais hipóteses, pode recorrer-se ao foro do lugar onde for encontrado o sujeito da obrigação. Em quaisquer outras hipóteses, deve entender-se como prevalecendo o princípio da competência do foro do domicílio. E deve entender-se assim, não só para manter o princípio geral da igualdade entre nacionais e estranjeiros, que só cede a uma disposição *expressa* em contrário, e tal disposição não existe, mas também para evitar o absurdo que se conteria na doutrina de que o legislador atribuiu os mesmos efeitos ao domicílio em Portugal e ao facto de o indivíduo ser encontrado no país. O que o legislador fez, e a isso se limitou,

foi, em certas hipóteses, equiparar o domicílio e a circunstância de o sujeito da obrigação se encontrar em Portugal.

E esta doutrina parece-nos a única aceitável depois da publicação do Código de processo comercial. Êste Código manda aplicar o Código de processo civil em tudo que não for nele previsto (artigo 1.º) e, porque não estabelece qualquer princípio geral de competência, é evidente que aceita o princípio estabelecido no artigo 16.º dêste Código, o qual, como demonstrámos, estabeleceu a competência do foro do domicílio, independentemente da nacionalidade do réu e do lugar da constituïção da obrigação, êsse princípio não é expressamente limitado pelo artigo 8.º e, por isso, impõe-se a sua interpretação nos termos latitudinários em que o estabelece o Código de processo civil (1).

Em conclusão, diremos que, se a nossa análise é verdadeira, a exigência da condição pessoal ou da condição real para determinar a competência dos tribunais portugueses para conhecer de acções em que intervenham estranjeiros só tem lugar para legitimar a competência do juízo do lugar em que for encontrado o sujeito da obrigação, ficando sem razão de ser pelo que respeita à determinação da competência do juízo domicílio. Êste é por si suficiente, independentemente da nacionalidade das partes e do lugar onde tenha sido contraída a obrigação, para determinar a competência dos tribunais portugueses para julgar acções entre estranjeiros.

e) *Circunstâncias substitutivas do domicílio na determinação da competência.* Porque os portugueses e estranjeiros são equiparados quanto à competência do juízo do domicílio do réu para conhecer das acções em que sejam interessados, parece rigorosa a doutrina de que semelhante equiparação deve manter-se relativamente às condições determinantes da competência, que, em circunstâncias especiais, substituem o domicílio do réu.

Esta ilação deriva lògicamente do sistema de igualdade reconhecido pela nossa lei entre nacionais e estranjeiros.

(1) A doutrina sustentada no texto foi seguida, com sólidos argumentos, pelo juiz de Macau, Dr. A. Botelho de Sousa, na sentença de 27 de janeiro de 1913 (na *Gazeta*, XXVIII, pág. 122).

A igualdade na concessão de direitos e na imposição de obrigações conduz à igualdade na competência, e a igualdade na competência abrange naturalmente tanto o princípio geral como as regras especiais da sua determinação.

Esta doutrina é de grandes conseqüências práticas no que respeita à situação dos estranjeiros em Portugal, como no que se refere, por exemplo, à competência do foro *rei sitæ* (Código de processo civil, artigo 21.º, n.º 3.º), e à competência para o inventário (Código citado, artigo 22.º). As regras especiais de competência formuladas para cada um dêstes casos aplicam-se tanto a nacionais como a estranjeiros, pois, se tais regras substituem para portugueses o princípio geral da competência do foro do domicílio, também o devem substituir para os estranjeiros.

E assim somos conduzidos a uma teoria completa da competência dos tribunais portugueses relativamente a estranjeiros, a qual pode formular-se nas três proposições seguintes:

a) O foro do domicílio é competente de modo igual tanto para as acções em que intervém nacionais como para aquelas em que intervenham estranjeiros.

b) Qualquer foro especial que, para determinadas acções, substitua o foro do domicílio, é também de modo igual competente tanto relativamente a nacionais como relativamente a estranjeiros.

c) Quando seja competente o foro do domicílio, e o sujeito da obrigação esteja domiciliado fora de Portugal, pode êle ser demandado no juízo do lugar onde for encontrado, sempre que se trate de obrigação contraída em Portugal ou com português em país estranjeiro.

265 — III — As pessoas colectivas estranjeiras podem exercer direitos em Portugal e, por isso, como acontece com os indivíduos, devem poder dirigir-se aos tribunais portugueses para tornar efectivos os direitos que lhes são reconhecidos, assim como devem poder ser demandadas perante os mesmos tribunais para as compelir ao cumprimento das suas obrigações.

Quais serão, porém, os termos precisos em que as pessoas colectivas estranjeiras podem demandar e ser demandadas perante os tribunais portugueses?

Em primeiro lugar, é fora de dúvida que se aplicam às pessoas colectivas os princípios gerais acima formulados (1) — da territorialidade das jurisdições, da identidade de tribunais e da igualdade de competência para nacionais e estranjeiros — naquilo em que êsses princípios podem ser aplicados às pessoas colectivas.

Em segundo lugar, também não pode haver dúvida de que, no caso de a pessoa colectiva ser autor e de o réu ser uma pessoa singular, se aplicam todas as regras de competência que são determinadas pelo domicílio do réu ou por qualquer circunstância que substitua êsse domicílio.

Em terceiro lugar, é ainda certo que, seja a pessoa colectiva autor ou seja réu, se aplicam as regras de competência determinadas por qualquer circunstância estranha ao domicílio do réu, como, por exemplo, a situação dos bens.

Na hipótese, porém, de a pessoa colectiva ser réu e de a competência se determinar pelo domicílio do réu, estabelece o Código de processo civil uma regra especial de competência, assim formulada no artigo 18.º: «Os corpos colectivos serão demandados no juízo onde estiver a sede da sua administração. § 1.º O juízo do domicílio das sucursais, agências ou estabelecimentos filiais de qualquer banco, sociedade ou companhia, é competente para conhecer das causas contra êles intentadas, quando disserem respeito a contratos celebrados ou obrigações contraídas pelas mesmas sucursais, agências ou estabelecimentos filiais. § 2.º A disposição do § antecedente é igualmente aplicável às sucursais, agências ou estabelecimentos filiais de bancos, sociedades, companhias ou quaisquer associações que tiverem a sua sede em país estranjeiro, por quaisquer actos ou contratos feitos em Portugal».

É, pois, certo, em quarto lugar, que uma pessoa colectiva estranjeira *representada* em Portugal por uma sucursal, agência ou estabelecimento filial pode ser demandada na pessoa do seu representante pelos actos ou contratos praticados em Portugal.

Daqui se infere que não poderá ser demandada em Portugal uma pessoa colectiva estranjeira que em Portugal não

(1) Supra, n.º 263-1.

tenha qualquer espécie de representação, sempre que a competência seja determinada pelo domicílio do réu.

Já se sustentou, porém, que as sociedades estranjeiras podem ser demandadas em Portugal pelos actos aqui praticados, mesmo que cá não tenham qualquer representação, se o seu representante for encontrado em Portugal (1).

Cremos, porém, que esta doutrina não é aceitável: 1.º) porque os artigos 20.º do Código de processo civil, 5.º do Código comercial e 8.º do Código de processo comercial parecem referir-se simplesmente aos indivíduos; 2.º) porque o artigo 18.º do Código de processo civil, que regulou exactamente o caso de a sociedade ter a sede em país estranjeiro, só deu competência aos tribunais portugueses para conhecerem dos actos respeitantes a essas sociedades quando praticados por uma representação que tenha sede em Portugal, 3.º) porque a pessoa colectiva, que tenha sede em país estranjeiro, rigorosamente nunca pode ser encontrada em Portugal.

Poderá, porém, o representante de uma pessoa colectiva domiciliado em Portugal ser demandado perante os tribunais portugueses por actos por êle praticados em país estranjeiro, mas que digam respeito à gerência dos negócios da pessoa colectiva em Portugal?

Entendemos que sim, pois que, em tal caso, os actos respeitam aos negócios de que a agência está encarregada e o espírito do artigo 18.º parece ter sido, segundo se vê do seu § 1.º, dar competência ao tribunal do domicílio da agência para os actos por ela praticados, embora o § 2.º fale em actos ou contratos feitos em Portugal, podendo essa fórmula ser considerada exemplificativa e referida ao lugar em que normalmente serão praticados os actos pelas agências em Portugal de pessoas colectivas estranjeiras.

266 — IV — Com as considerações que até aqui temos feito procurámos formular a *teoria geral* do nosso direito acêrca da competência internacional dos tribunais portugueses.

Ao lado da teoria geral, há *regras especiais de competência internacional*, que não estudaremos neste lugar, reservando a sua indicação para quando analisarmos o regime jurídico internacional das instituições a que essas regras de competência dizem respeito. É o que acontece, designadamente, com a competência dos tribunais portugueses para conhecer das acções de divórcio de portugueses residentes em país estranjeiro, que o artigo 5.º do decreto de 3 de novembro de 1910 torna da competência dos tribunais da comarca de Lisboa.

Entre as regras especiais de competência internacional, há, porém, uma categoria que procuraremos indicar desde já. São as *regras de competência exclusiva dos tribunais portugueses*.

Essas regras aparecem em matéria de concessão de terrenos do Estado ou de energia hidráulica nas colónias, em matéria de concessões de águas públicas, em matéria de patentes de introdução de novas indústrias ou de novos processos industriais, e em matéria de seguros.

1.º *Concessão de terrenos do Estado e de energia hidráulica nas colónias.* Já ao estudar os direitos dos estranjeiros em Portugal, vimos (1) que a lei geral de concessões de terrenos do Estado nas colónias, de 9 de maio de 1901 (artigo 43.º), os diplomas que estatuíram regimes especiais de terrenos para Timor (Decreto de 5 de dezembro de 1910, artigo 7.º), Estado da India (Decreto n.º 3602, de 24 de novembro de 1917, artigo 30.º), Guiné (Decreto n.º 3641, de 29 do mesmo mês e ano, artigo 47.º), Moçambique (Decreto n.º 3283, de 16 de março de 1918, artigo 45.º), e Angola (Decreto n.º 5847 — C, de 31 de Maio de 1918, artigo 46.º), e bem assim o decreto de 15 de fevereiro de 1908 (artigo 2.º *e*)), sôbre a concessão de terrenos nas colónias para a cultura do algodão, estabeleceram como condição das concessões a declaração pelos concessionários de que se sujeitam às leis e aos tribunais portugueses pelo que respeita à concessão. A imposição de tal condição significa, evidentemente, que são da exclusiva competência dos tribunais portugueses as acções relativas às concessões. E só assim se conjura o perigo, que o legislador quis afastar, de os direitos do

(1) Dr. Tavares, *Das sociedades comerciais*, tomo II, pág. 170.

(1) L. I, pág. 202 e seg.

Estado português serem apreciados pelos tribunais estranjeiros.

2.°) *Concessões de águas públicas.* O decreto n.° 5787 — IIII, de 10 de maio de 1919, que regulou, nos artigos 36.° e seguintes, a concessão das águas públicas, determina, no § 1.° do artigo 52.°, que o conjunto dos direitos inerentes à concessão constitui propriedade imobiliária garantida e regulada pelas leis portuguesas e submetida à jurisdição e competência dos tribunais portugueses. É também um preceito que conduz à exclusiva competência dos tribunais portugueses, não se tornando necessária qualquer declaração do concessionário, pois que a exclusividade de competência representa uma condição legal da concessão.

3.°) *Concessão de patentes de introdução de novas industrias e de novos processos industriais.* Entre as formas de propriedade industrial reconhecidas pelo direito português, aparecem as patentes de introdução de novas indústrias ou de novos processos industriais. Como dissemos noutro lugar, estas patentes podem ser concedidas a estranjeiros (1). Estes devem, porém, assinar um termo em que declarem ficar sujeitos à legislação portuguesa e à *exclusiva jurisdição* das autoridades e tribunais portugueses (Decreto de 14 de junho de 1901, artigo 19.°; regulamento de 19 de junho de 1901, artigo 4.°; Lei n.° 805, de 5 de setembro de 1917, artigo 5.°; Decreto n.° 3731, de 2 de janeiro de 1918, artigo 11.°). Aqui a exclusividade é expressamente estabelecida.

4.°) *Seguros.* O decreto de 21 de outubro de 1907, sôbre o exercício da indústria dos seguros, permite que, mediante autorização do Govêrno, as companhias estranjeiras possam exercer aquela indústria em Portugal (art. 49.° e seg.). No intuito, porém, de melhor defender os interesses dos segurados, introduziu no artigo 10.° o seguinte preceito, que é também um caso de competência exclusiva dos tribunais portugueses: «Só os tribunais portugueses serão competentes para conhecer dos direitos e obrigações emergentes dos contratos de seguros celebrados no reino, ou respeitantes a pessoas ou entidades nele domiciliadas à data dos mesmos

(1) L. 1, pag. 205.

contratos, ou a bens nele existentes. § único. Serão havidos como celebrados em Portugal os contratos de seguro, sempre que na data respectiva os segurados se encontrem em Portugal».

Estes casos de competência exclusiva dos tribunais portugueses, e quaisquer outros que as leis possam estabelecer, têm, entre outras, a conseqüência, que já apontámos, (1) de que não podem ser executadas em Portugal as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros sôbre as matérias em que tenha sido estabelecida a exclusividade.

267 — No direito interno de muitos países estatui-se que a *competência interna* para as acções relativas a *bens imóveis* pertence ao *foro rei sitæ* (v. g. código de processo civil italiano, artigo 93.°).

Paralelamente a esta regra de competência interna, estabelecem alguns tratados e algumas leis internas que a *competência internacional* para conhecer das *acções reais imobiliárias* pertence igualmente aos tribunais do país da situação dos imóveis, considerando-se até, por vezes, essa competência claramente exclusiva.

É o que se vê: — do tratado franco-suíço de 15 de junho de 1869, cujo artigo 4.° torna da competência dos tribunais do lugar da situação dos imóveis as *acções reais* imobiliárias e as *acções pessoais* relativas à propriedade e ao gôzo de um imóvel; do tratado de Lima, cujo artigo 27.°, n.° 2.°, dispunha que os estranjeiros, embora ausentes, podiam ser demandados perante os tribunais locais quando se intentassem contra êles acções relativas a bens sitos no Estado local; do tratado de Montevideo sôbre direito civil, cujo artigo 67.° determina que as *acções reais* e as chamadas *mixtas* devem ser propostas perante os juízes do lugar da situação da coisa sôbre que a acção recair; do artigo 105.°, n.° 1.°, do código de processo civil italiano, que estabelece que os estranjeiros mesmo não residentes no reino podem ser demandados perante os tribunais italianos, quando se trate de acções sôbre imóveis ou móveis sitos no reino; e do artigo 52.° da lei belga de 24 de março de 1876, que determina que os estran-

(1) L. 1, n.° 211.

jeiros podem ser demandados perante os tribunais do reino em matéria imobiliária.

Em face dêstes factos e do silêncio das nossas leis sôbre o assunto, aparece a questão de saber se os tribunais portugueses têm competência para conhecer de acções reais imobiliárias relativas a bens sitos em Portugal, mesmo que o sujeito da obrigação não tenha domicílio nem seja encontrado em Portugal.

A questão já foi analisada pelo Dr. Chaves e Castro (1) e pela *Revista de legislação e de jurisprudência* (2), que a resolveram no sentido de que os tribunais portugueses são competentes para conhecer de tais acções, não sendo a sua competência, porém, exclusiva, podendo das mesmas acções conhecer os tribunais estranjeiros, e devendo as suas sentenças ser executadas em Portugal, desde que apliquem a lei portuguesa e não sejam contrárias à ordem pública (Código de processo civil, artigo 1088.º, n.ºs 5.º e 6.º). Os fundamentos desta doutrina foram formulados pela *Revista* nestes termos: os tribunais portugueses são competentes — 1.º) porque as questões sôbre bens imóveis sitos em Portugal devem ser regidas pela lei portuguesa e, em regra, a competência judiciária acompanha a legislativa; 2.º) porque a sentença tem de ser executada em Portugal; 3.º) porque, freqüentemente, as questões sôbre bens imóveis exigem a inspecção ocular para se apreciarem devidamente as provas relativas à sua posse e domínio; 4.º) porque, havendo legislações estranjeiras que sancionam o princípio da exclusiva competência do foro *rei sitæ* para conhecer das acções reais imobiliárias, se os estranjeiros dos respectivos países tivessem bens imóveis em Portugal e os nossos tribunais não tivessem sempre competência para julgar as questões relativas a êsses bens, vinha a conseqüência de que, não estando o sujeito da obrigação domiciliado em Portugal nem cá sendo encontrado, nunca poderia ser demandado por qualquer obrigação relativa aos mesmos bens.

Será de seguir esta doutrina? Analisemos.

Há acções reais imobiliárias para as quais os tribunais

(1) Ob. cit., pág. 661 e nota (2).
(2) Ano 35, n.º 1540, pág. 279.

portugueses são, não só competentes, mas *exclusivamente* competentes. São as acções a que se refere o n.º 3.º do artigo 21.º do Código de processo civil, o qual determina que devem ser propostas no juízo da situação do respectivo prédio as acções de despejo, de prevenção contra o dano, de expropriação por utilidade pública ou particular, de cessação ou mudança de servidão, de tombamento ou demarcação, de divisão de águas, de divisão de cousa comum, aquelas em que se tratar de posse, registo ou cancelamento, as de refôrço ou de redução de hipoteca e as de destrinça de foros e censos.

Que para estas acções são competentes os tribunais portugueses, resulta claramente das palavras que compõem o corpo do artigo 21.º, que dizem: «Das regras estabelecidas nos artigos antecedentes exceptuam-se, etc.», na excepção estão as acções referidas no n.º 3.º dêsse artigo, as quais já indicámos, entre os artigos antecedentes estão o artigo 16.º e o artigo 20.º e, por isso, torna-se evidente que tais acções podem ser propostas no juízo da situação do prédio, independentemente de o sujeito da obrigação estar domiciliado ou ser encontrado em Portugal.

E que os tribunais portugueses são os tribunais exclusivamente competentes para conhecer das mesmas acções deriva da natureza da competência internacional, que é, como veremos (n.º 271), uma competência em razão da matéria, a qual, por isso, quando pertença aos tribunais portugueses, sem que, por tratado ou lei especial, seja *concorrentemente* atribuída aos tribunais de outro país, cabe exclusivamente àqueles tribunais. Ora, como nenhum tratado ou lei especial existe nesse sentido, tem de aceitar-se o exclusivismo.

Mas, para as outras acções reais imobiliárias, além das indicadas no n.º 3.º do artigo 21.º do Código de processo civil, ainda serão competentes os tribunais portugueses?

As duas primeiras razões formuladas pela *Revista* são sem valor, porque, segundo os princípios do direito internacional privado, a competência da jurisdição pode scindir-se da competência da lei a aplicar, e porque o facto de uma sentença ter de executar-se num país não é razão para atribuir competência aos tribunais dêsse país, pois, de outro modo,

não teria razão de ser o problema da execução das sentenças proferidas por tribunais estranjeiros.

A terceira razão, embora de algum valor, também não é decisiva, pela razão simples de que os tribunais de um país podem pedir, por cartas rogatórias, aos tribunais de outros países, que procedam a determinadas diligências judiciais e, designadamente, a exames e vistorias.

A última razão é certamente valiosa, sob o ponto de vista *de jure constituendo*, mas é duvidoso o seu valor *de jure constituto*, por isso que o artigo 21.°, exceptuando apenas da regra de competência internacional derivada do artigo 16.° e da regra estabelecida no artigo 20.° as acções reais imobiliárias enumeradas no n.° 3.°, tem de ser entendido no sentido de que as outras acções reais imobiliárias ficaram sujeitas às regras gerais. O mais que pode dizer-se, pois, é que a nossa lei é imperfeita neste ponto, tornando-se necessário que o legislador remedeie essa imperfeição, como precisa de remediar muitas outras em matéria de direito internacional privado.

Coerentemente com a doutrina que acabamos de sustentar, também entendemos que os tribunais portugueses têm competência para julgar acções respeitantes a bens imóveis sitos em país estranjeiro, como decidiu o acórdão da Relação de Goa de 13 de maio de 1913 (1) e o acórdão do Supremo Tribunal de 25 de abril de 1916 (2), desde que não se trate das acções indicadas no n.° 3.° do artigo 21.° do Código de processo civil, pois que, para estas, devem considerar-se exclusivamente competentes os tribunais do país da situação dos bens, correspondentemente ao que acontece a respeito dos tribunais portugueses quando as mesmas acções se referem a bens sitos em Portugal.

268 — Na organização da teoria legal da competência interna, admitem as leis dos diferentes países certos *casos de ampliação da jurisdição* dos tribunais de justiça, fundada, ora numa *prorrogação legal*, ora numa *prorrogação voluntária da jurisdição*. Importa, por isso, verificar se e em que termos a competência internacional pode ser ampliada por algum dêstes meios.

(1) *Colecção*, XII, pág. 314.
(2) *Boletim da Faculdade de Direito*, III, pág. 14; *Gazeta*, XXX, pág. 281.

a) *Prorrogação legal da jurisdição*. Em virtude da *afinidade* ou *dependência* das acções, determina em certos casos a lei que para elas seja competente o mesmo tribunal, embora, segundo as regras gerais de competência, delas devessem conhecer tribunais diferentes. Assim, a nossa lei de processo manda, por exemplo, que os incidentes das causas, como a *reconvenção* (Código de processo civil, artigo 331.° e seg.) e a *habilitação* (Código citado, artigo 342.° e seg.), sejam tratados no juízo onde pender a causa a que dizem respeito (Código citado, artigo 21.°, n.° 6.°) e que o inventário do cônjuge falecido em segundo lugar seja processado no juízo onde correu o do cônjuge predefunto (Código citado, artigo 23.°). Ora, qualquer dêstes casos conduz a uma ampliação da competência normal, pois que o pedido que constitui objecto do incidente, quando fosse objecto de uma causa independente, poderia ter de ser deduzido num juízo diferente e o inventário é normalmente da competência do juízo da abertura da herança (Código citado, artigo 22.°).

Esta forma de ampliação da jurisdição é denominada por Bartin (1) *prorrogação legal da jurisdição*, denominação que consideramos rigorosa, pois é a própria lei que alarga a competência normal dos tribunais, e, por isso, a empregaremos.

Mas, semelhante ampliação da jurisdição, que é certa a respeito da competência interna, também o será a respeito da competência internacional?

Quando se trata da competência interna, a ampliação da competência de um tribunal faz-se à custa da competência de outro tribunal do mesmo país, não representando o facto mais do que a *deslocação* da competência do tribunal de uma *circunscrição judicial* para o tribunal de outra circunscrição.

Tratando-se, porém, da competência internacional, a ampliação de jurisdição de qualquer tribunal só pode dar-se à custa da jurisdição do tribunal de outro país, interessa, por

(1) *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, I, pág. 20 e seguintes.

isso, à medida internacional das jurisdições, e daí resulta que o problema tem de ser considerado como um problema de coordenação internacional das jurisdições.

Sob o ponto de vista doutrinal, cremos que a doutrina rigorosa foi formulada por Bartin nestas palavras: «Quando a jurisdição normalmente competente para a questão principal pode resolver esta, isto é, condenar ou absolver, sem tocar na questão acessória, deve a mesma jurisdição considerar-se incompetente para resolver a questão acessória» (1). Em verdade, se duas questões, embora afins, são normalmente da competência de tribunais de diferentes países e podem ser resolvidas independentemente uma da outra, não há motivo para restringir a jurisdição dos tribunais de um país em proveito dos tribunais de outro país.

Sob o ponto de vista do direito positivo, porém, esta solução sòmente poderá seguir-se se não houver tratado ou lei interna sôbre matéria internacional que resolva o assunto.

Nas relações de Portugal com as outras potências, nenhum tratado existe que regule o assunto, à semelhança, por exemplo, do tratado franco-belga de 8 de julho de 1899, cujo artigo 4.º estabelece: 1.º) que os tribunais de qualquer dos Estados contratantes devolverão aos tribunais do outro, se alguma das partes o pedir, o conhecimento das questões que sejam *conexas* com acções pendentes perante êstes tribunais, devendo, contudo, considerar-se conexas apenas as causas que procedem da mesma causa ou versam sôbre o mesmo objecto; 2.º) e que o juiz perante o qual pende o pedido originário fica competente para as acções de garantia ou para as acções reconvencionais, a não ser que seja incompetente em razão da matéria. Temos, pois, de recorrer à nossa lei interna.

Não regulou esta directamente o assunto, como fez a lei belga de 1876, que, nos n.os 6.º e 9.º do artigo 52.º, determina que os estranjeiros podem ser demandados perante os tribunais belgas, se a acção for conexa com outra acção já pendente num tribunal belga, e se se tratar de uma acção de garantia ou de uma acção reconvencional e a acção originária estiver pendente perante um tribunal belga.

Parece-nos, porém, que a solução a adoptar deriva da

(1) Ob. cit., pág. 26.

justa combinação dos artigos 16.º e 20.º do Código de processo civil com o artigo 21.º do mesmo Código.

Os artigos 16.º e 20.º contêm as regras gerais da competência internacional, as quais se resumem nisto: *a*) os tribunais portugueses são competentes quando o sujeito da obrigação tiver domicílio em Portugal; *b*) se o sujeito da obrigação tiver domicílio em país estranjeiro, mas for encontrado em Portugal, os tribunais portugueses ainda serão competentes, se a obrigação tiver sido contraída em Portugal ou com português em país estranjeiro.

O artigo 21.º estabelece uma série de excepções aos *artigos antecedentes* e, portanto, aos artigos 16.º e 20.º, devendo, por isso, entender-se que a competência do foro de excepção é independente de o réu ter domicílio em Portugal ou de cá ser encontrado, o que conduz à conclusão de que, na hipótese de o legislador, por uma razão de afinidade, de conexão ou de dependência, ter substituído à competência do foro do domicílio um foro especial, êsse foro tem competência internacional para conhecer das causas ao mesmo foro atribuídas.

b) *Prorrogação voluntária.* Segundo os princípios em que assenta a teoria da competência interna, a jurisdição dos tribunais pode ser prorrogada por um facto voluntário, quer *tàcitamente*, quer *expressamente*.

Dá-se a *prorrogação tácita*, quando, sendo o tribunal legalmente incompetente, mas não podendo declarar oficiosamente a sua incompetência, precisando esta de ser alegada, a parte não a alega dentro do prazo marcado na lei. A inacção da parte é considerada como aceitação da competência do tribunal (Código de processo civil, artigos 3.º, n.º 1.º e §§ 1.º e 2.º, e 306.º a 309.º).

A *prorrogação expressa* verifica-se quando, mediante uma declaração de vontade, se *escolhe* para conhecer de uma causa um juízo que pode não ser competente segundo as regras normais de competência (Código civil, artigo 46.º; Código de processo civil, artigo 21.º, n.º 2.º).

Sendo assim, aparece naturalmente a questão de saber se a respeito da competência internacional também pode dar-se a prorrogação voluntária da jurisdição, quer tácita quer expressa.

1.°) *Prorrogação tácita.* A possibilidade da prorrogação tácita da jurisdição equivale á questão de saber se os tribunais devem ou não declarar a sua incompetência quando sejam internacionalmente incompetentes. Esta questão prende-se, porém, com a questão da natureza da excepção de incompetência internacional e, por isso, estudaremos as duas questões conjuntamente um pouco mais adiante (n.º 271).

2.°) *Prorrogação expressa.* A prorrogação da jurisdição por um acto de vontade consiste em os interessados escolherem o tribunal que há de resolver determinada questão.

Em matéria de competência interna, esta escolha, quando válida, tem o duplo efeito de, por um lado, *privar* de jurisdição um tribunal que era normalmente competente e, por outro lado, *atribuir* competência a um tribunal que não a tinha.

De modo que o problema a discutir é se, por uma declaração de vontade, se pode, quer privar o tribunal de um país da sua competência normal, quer ampliar essa competência, designadamente, se, mediante um contrato, um tribunal português pode ser privado da sua competência ou se a sua competência pode ser ampliada.

Doutrinalmente, são possíveis três soluções: *primeira* — é nulo qualquer pacto tendente a restringir ou a ampliar a jurisdição dos tribunais de um país; *segunda* — é nulo o pacto tendente a restringir a jurisdição dos tribunais de um país, mas é válido o pacto tendente a ampliá-la; *terceira* — é válido o pacto de jurisdição quer tenda a restringir quer tenda a ampliar a urisdição dos tribunais de determinado país.

A primeira solução será a única solução exacta, se se admitir que o *sistema de conflitos de jurisdições* é um *sistema imperativo*, cujo funcionamento é independente dos contratos entre particulares.

A segunda solução é defendida por Anzilotti (1), em face do código de processo civil italiano, com o duplo fundamento: α) de que o *pacto privativo de jurisdição* não é admissível, por faltar a certeza de que o tribunal estranjeiro seja considerado competente ou de que, quando competente, a sentença

(1) *Corso di lezioni*, pág. 418.

possa ser executada, não podendo, portanto, assegurar-se que ao *pacto privativo* de jurisdição corresponda um *pacto atribuïtivo*, nem sendo de admitir que o legislador quisesse permitir que se derrogasse uma regra de jurisdição sem a certeza de que outra jurisdição conhecesse da causa; β) e de que não há razões para não considerar legítimo o pacto atribuïtivo de jurisdição, pois as regras de competência internacional são, em regra, determinadas em atenção á pessoa do estranjeiro. E a mesma doutrina parece ter sido seguida pelo tratado de Lima (artigo 27.°, n.° 3.°), pelo tratado de direito internacional privado entre a Colombia e o Equador, de 18 de junho de 1903 (1) (artigo 28.°, n.° 3.°), e pela lei belga de 24 de março de 1876 (artigo 52.°, n.° 2.°), os quais, declarando que os estranjeiros podem ser demandados perante os tribunais do país, se assim o tiverem estipulado, nada dizem acêrca da legitimidade dos pactos privativos de jurisdição.

A terceira solucção é defendida por Bartin, em face da base em que assenta, em geral, o sistema de determinação da competência internacional, que não é o princípio da *unidade de juizo competente* para conhecer de uma causa, mas sim a preocupação de atribuir competência aos tribunais do próprio país, o que traz como consequência a competência simultânea das jurisdições de diferentes países (2), foi consagrada pelo tratado franco-suíço de 1869 (artigo 3.°) e pelo tratado franco-belga de 1899 (artigo 3.°), onde se determina que, no caso de ter sido eleito em qualquer dos Estados contratantes um domicílio atribuïtivo de jurisdição para a execução de um acto, os juízes dêsse domicílio são os *únicos* competentes para conhecer das questões relativas a êsse acto.

Qual será a doutrina juridicamente mais rigorosa e aquela que terá sido sancionada pela nossa lei?

Sob o ponto de vista técnico, consideramos rigorosa a primeira solução. O sistema de conflitos de jurisdições deve ser um sistema imperativo, pela razão, que nos parece simples, de que êle tem por fim delimitar a jurisdição dos tribunais dos diferentes Estados, devendo, portanto, assentar em

(1) De Martens, *Nouveau Recueil général de traités*, 2.ª série, volume XXVV, pág. 306.
(2) Ob. cit., pág. 39 e seg.

critérios definidos de atribuïção de competência e não podendo ficar à mercê da vontade dos interessados. Êstes devem dirigir-se ao tribunal competente e não devem poder determinar a competência do tribunal.

Deverá e poderá, porém, ser assim interpretada a nossa lei?

Como já dissemos acima, o Código civil (art. 46.º) e o Código de processo civil (artigo 21.º, n.º 2.º) permitem estabelecer um *foro convencional* para o cumprimento de determinadas obrigações.

A questão a discutir consiste, pois, em saber se semelhantes preceitos apenas se referem à competência interna ou se também se aplicam à competência internacional.

Em face da doutrina que acima seguimos, como resultando da combinação do artigo 21.º com os artigos 16.º e 20.º do Código de processo civil, parece-nos irrecusável a conclusão de que é legítimo o pacto atribuïtivo de jurisdição aos tribunais portugueses em casos em que êles a não teriam baseada em factos meramente *legais*. Em verdade, desde que, da coordenação do artigo 16.º com o artigo 20.º, resulta, como regra geral de competência internacional, que os tribunais portugueses são competentes quando o réu tenha domicílio em Portugal ou, tendo domicílio em país estranjeiro, quando cá seja encontrado, se a obrigação for contraída em Portugal ou com português em país estranjeiro, e desde que o artigo 21.º exceptua das regras estabelecidas nos artigos antecedentes e, portanto, nos artigos 16.º e 20.º, os preceitos nele enumerados, entre os quais está a *eleição de foro* por meio de convenção (artigo 21.º, n.º 2.º), temos de concluir que os tribunais portugueses são competentes mediante um simples pacto de atribuïção de competência (1).

Acontecerá, porém, o mesmo com o pacto privativo de jurisdição, isto é, terá validade uma convenção segundo a qual uma questão, que seria da competência dos tribunais portugueses, ficaria sendo da competência de um tribunal estranjeiro, podendo, como conseqüência, ser deduzida ou ser declarada a excepção de incompetência dos tribunais portugueses, se a acção for intentada perante êles?

(1) Na conformidade da doutrina seguida no texto, vide acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 1905 (*Colecção*, v, pág. 129).

Entendemos que não: 1.º) porque, ao redigir os artigos 16.º, 20.º e 21.º, o legislador apenas teve em vista a competência dos tribunais portugueses, não regulando nem podendo regular a competência dos tribunais estranjeiros, pelo que se deve entender que o n.º 2.º do artigo 21.º, no que respeita à competência internacional, pode compreender o pacto atribuïtivo de competência; 2.º) porque, sem permissão expressa, os particulares não podem privar os tribunais portugueses da competência que lhes é conferida pela lei; 3.º) porque o pacto derrogativo de competência só pode ser legítimo quando haja a certeza de que o tribunal português é substituído por um tribunal estranjeiro que profira uma sentença exeqüível em Portugal, e essa certeza não pode existir, já porque o tribunal escolhido pelos interessados pode deixar de ser competente, já porque a sentença por êle proferida pode não ser exeqüível em Portugal (Código de processo civil, artigo 1088.º, § 1.º).

Consideramos, assim, rigorosa, em face do nosso Código de processo civil, a doutrina sustentada por Anzilotti em face do código italiano (1).

268 — A competência internacional, como a competência interna, tem as suas *fontes* ou *elementos de conexão*, que são os factos ou circunstâncias de que deriva a sua atribuïção aos tribunais de um certo país. Êsses factos são, designadamente, a *nacionalidade* das partes, o *domicílio* do réu, o *carácter real imobiliário* da acção, o *lugar da execução* de um contrato, a *prorrogação* legal ou voluntária da jurisdição, etc.

Para fixar a competência internacional dos tribunais de um país, pode ser necessário *qualificar* a fonte donde deriva a competência, isto é, definir e caracterizar o facto que a determina, para o que se torna indispensável recorrer a uma lei que estabeleça a *qualificação*.

(1) Importa notar que, em acórdão de 3 de abril de 1903 (*Direito*, XXXV, pág. 262), julgou o Supremo Tribunal de Justiça que os contratantes podem renunciar ao foro do seu domicílio, sem distinguir se o domicílio é em Portugal ou em país estranjeiro. Segundo as ideas adoptadas no texto, a doutrina do acórdão é inadmissível quando conduza a privar de jurisdição os tribunais portugueses.

Qual será, pois, a lei competente para indicar a qualificação do facto determinativo da competência internacional?

Bartin, considerando a questão, dá-lhe uma solução paralela à que deu ao problema das qualificações em matéria de conflitos de leis. Atribui competência à *lex fori* para qualificar os factos de que depende a competência internacional, escrevendo: «Quando às jurisdições de um Estado é afecto um litígio e a sua competência depende de saber se as partes são nacionais dêsse Estado, qual o carácter da acção que elas intentam, se prorrogaram voluntàriamente a jurisdição dos tribunais, se há entre a questão principal e as dificuldades acessórias que a ela se podem ligar, sob a forma de questões prejudiciais ou incidentais, uma relação suficiente de indivisibilidade ou de conexidade, é invariàvelmente a lei em nome da qual êsses tribunais administram justiça, a lei do Estado a que êles estão subordinados, que dará a qualificação de que depende a competência internacional» (1).

A razão de decidir é, para Bartin, a mesma que o decidiu em matéria de conflitos de leis. É o respeito da soberania do Estado em nome do qual o tribunal administra justiça, visto que a jurisdição é manifestação da soberania e, por isso, os factos que determinam a competência só podem ser aqueles que a *lex fori* indica e tais como essa lei os qualifica (2).

A doutrina de Bartin parece-nos rigorosa, não só pelo respeito devido à soberania do Estado, mas pela razão decisiva de que, quando o legislador de um país dispõe, por exemplo, que a competência se determina por certos factos, designadamente o *domicílio* do réu, liga naturalmente a êsses factos o sentido que a sua lei lhes atribui, e não o sentido que lhes queira atribuir qualquer lei estranjeira (3).

Sendo assim, é em face da lei portuguesa que os tribunais portugueses têm de qualificar os factos de que depende a sua competência internacional e, portanto: se a competência depender do *domicílio* em Portugal (Código civil, art. 25.°; Código de processo civil, artigo 16.°), a definição de domicílio é a dada pela lei portuguesa; se a competência depender da *nacionalidade* portuguesa das partes, é pela lei portuguesa que tem de determinar-se se os litigantes são ou não portugueses; se a competência derivar de a acção se referir a *bens imóveis* sitos em Portugal, é pela lei portuguesa que se deve determinar se se trata de bens imóveis.

(1) Ob. cit., pág. 100.
(2) Ob. cit., pág. 100 e 101.
(3) L. I, n.°s 151 e 152.

A doutrina de Bartin pode considerar-se *absoluta*, quando se trate de qualificar as fontes da competência estabelecidas por uma lei interna.

Se, porém, as fontes da competência internacional forem estabelecidas por um tratado, pode a qualificação dessas fontes ter de pedir-se também a uma lei estranjeira. É o que se vê do artigo 5.° da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre o divórcio. Pelo n.° 2.° da alínea 1.ª dêsse artigo, o tribunal do *domicílio* é competente para conhecer das acções de divórcio respeitantes aos *nacionais* dos Estados contratantes. É evidente que, sendo a acção proposta em Portugal, para verificar se qualquer das partes é estranjeira, se deve aplicar a lei portuguesa, mas também é evidente que, para verificar se o litigante estranjeiro é ou não nacional de um Estado contratante, se tem de aplicar a lei dêsse Estado relativa à atribuïção da nacionalidade. Além disso, como veremos no lugar próprio, ainda para determinar se marido e mulher têm ou não o mesmo domicílio, se deverá aplicar a lei nacional dos cônjuges, porquanto a alínea 2.ª do mesmo artigo diz «se, conforme a sua legislação nacional, os cônjuges não tiverem o mesmo domicílio», o que mostra que os autores da convenção quiseram dar competência à lei nacional para êsse efeito (1).

Convém, portanto, ter em vista que, por virtude da letra ou do espírito de um tratado, pode o tribunal de um país ter de pedir a uma lei estranjeira a qualificação de uma fonte da competência internacional.

270 — Os factos determinativos da competência internacional podem ser inalteráveis, ou por serem momentâneos, como acontece com o pacto de atribuïção de jurisdição, ou

(1) Anzilotti, *Memoria* cit., n.° 25 e nota (3); Travers, ob. cit., n.° 22.

por serem naturalmente imutáveis, como acontece com a situação dos imóveis.

Podem, porém, estar sujeitos a alteração, como acontece, por exemplo, com a nacionalidade e com o domicílio, pois o indivíduo pode deixar de ser cidadão de um país para o ser de outro país, ou pode mudar o seu domicílio de um para outro Estado.

Esta alteração pode ter lugar entre o momento da propositura da acção e o momento do seu julgamento definitivo, e daí a questão de saber se, para determinar a competência internacional, se deve atender ao primeiro ou ao segundo momento.

Quanto à competência interna, é princípio geralmente seguido que, mudando, depois de intentada a acção, as circunstâncias determinantes da competência dos tribunais, a competência territorial está fixada, e a mudança daquelas circunstâncias não tira ao tribunal o poder de julgar a causa.

Deverá aplicar-se o mesmo princípio à competência internacional?

Assim o têm entendido alguns escritores e assim o têm decidido freqüentemente os tribunais franceses e italianos (1).

Parece-nos, porém, que carece de base jurídica esta aplicação às relações internacionais do princípio informador da competência interna. A competência internacional dos tribunais de um Estado consiste no poder de jurisdição dêsse Estado para decidir um pleito ou para tomar uma providência e, por isso, parece evidente que, como nota Anzilotti (2), a competência deve existir no momento em que é proferida a sentença ou tomada a providência.

Sendo assim, vem o corolário lógico de que, determinando-se a competência pela nacionalidade ou pelo domicílio, se qualquer dêstes factos mudar na pendência da lide, o tribunal competente no momento da propositura da acção deixará de o ser, uma vez operada a mudança, e o tribunal incompetente naquele momento tornar-se há competente, se

(1) Bartin, ob. cit., pág. 9 e seg.; Travers, ob. cit., n.º 48.
(2) *Memoria* cit., n.º cit.

a nova nacionalidade ou o nôvo domicílio lhe atribuir competência (1).

271 — Para ultimar a teoria geral da competência internacional, procuraremos determinar o valor que nessa teoria podem ter as duas excepções de incompetência e de lide pendente, as duas únicas excepções que podem referir-se directamente à competência dos tribunais.

a) *Excepção de incompetência.* A excepção de incompetência pode referir-se, quer à competência interna, quer à competência internacional.

Se se referir à competência interna, é exclusivamente regulada pela *lex fori*, pois também a esta exclusivamente compete regular aquela forma de competência.

Se, porém, se referir à competência internacional, importa distinguir entre a sua procedência e a sua admissibilidade processual.

A procedência da excepção tem de determinar-se, naturalmente, em face das regras que regem a competência internacional, visto que a incompetência é a falta de competência e, por isso, tem de apreciar-se em harmonia com as normas de competência internacional que ficam estabelecidas.

A admissibilidade processual refere-se, quer ao *momento* para deduzir, quer à *iniciativa* para a deduzir ou para dela conhecer.

Nada havendo estabelecido no direito internacional positivo a êsse respeito, tem de observar-se o que dispuser a lei interna de cada país.

No direito português, havendo, aliás, três ordens de regras de competência — regras de competência internacional, regras de competência interna em razão da matéria e regras de competência interna em razão das pessoas, não existem senão duas excepções de incompetência — a excepção de incompetência em razão da matéria e a excepção de incompetência em razão das pessoas (Código de processo civil, artigo 3.º, n.º 1.º e §§ 1.º e 2.º).

Daí uma conclusão, que é simples, mas também uma dificuldade deveras delicada.

(1) Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 423.

A conclusão consiste em que, não havendo uma excepção específica para opor à incompetência internacional do tribunal, a excepção a deduzir ou a invocar contra esta incompetência tem de ser necessàriamente a excepção de incompetência em razão da matéria ou a excepção de incompetência em razão das pessoas.

Qual delas, porém? Eis a dificuldade.

Três soluções lhe têm sido dadas, entre nós, pela jurisprudência e pela doutrina: *primeira*—a incompetência internacional é incompetência em razão da matéria; *segunda*—a incompetência internacional é incompetência em razão das pessoas; *terceira*—a incompetência internacional é incompetência em razão da matéria ou incompetência em razão das pessoas, consoante os casos.

A primeira tem sido a solução preponderante da jurisprudência, aceitando-a nìtidamente o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de março de 1916 (1), e foi por nós defendida no *Boletim da Faculdade de Direito* (2), em nota ao mesmo acórdão.

A segunda foi sustentada pela *Gazeta dos tribunais e do notariado* (3) e tem obtido um ou outro voto nos tribunais, como aconteceu no acórdão acima citado, onde dois juízes votaram nesse sentido.

A terceira foi recentemente defendida pelo Dr. José Alberto dos Reis (4), o qual sustentou que a incompetência é em razão da matéria quando falta algum dos dois elementos *real* ou *pessoal* de que, a seu ver, depende a competência dos tribunais portugueses, e que são ou que a obrigação tenha sido contraída em Portugal ou que o tenha sido com português em país estranjeiro, e é em razão das pessoas quando, dando-se algum dêsses elementos, a acção é proposta fora do juízo competente para dela conhecer.

(1) *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 30, n.º 17, pág. 290. No mesmo sentido que o acórdão citado no texto, julgaram os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de abril de 1916 (*Gazeta*, XXX, pág. 76), da Relação de Lourenço Marques de 2 de maio de 1915 (*Gazeta*, XXX, pág. 281) e da Relação de Lisboa de 2 de janeiro de 1918 (*Gazeta*, XXXII, pág. 25), e a sentença do Juiz de Direito de Lourenço Marques, Dr. Bernardo Polónio, de 1 de fevereiro de 1913 (*Gazeta*, 27, pág. 138).

(2) Ano III, pág. 27.

(3) Ano I, pág. 17 e 33.

(4) Vide *Gazeta da Relação de Lisboa*, XXXII, pág. 29.

Com a doutrina do Dr. José Alberto dos Reis conformou-se, embora incidentalmente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de março de 1918 (1), o qual diz, num dos seus considerandos, que a competência jurisdicional participa da competência em razão das pessoas e da competência em razão da matéria.

Qual será a verdadeira doutrina?

Continuamos na convicção de que a incompetência internacional é em razão da matéria, por duas razões derivadas, uma, do *fundamento* da incompetência e, outra, do seu *efeito*.

O fundamento da incompetência internacional encontra-se na natureza da competência internacional. A teoria da competência internacional é a teoria da delimitação da jurisdição dos tribunais de um país relativamente aos tribunais dos outros países. Sendo assim, de logo se compreende que a competência internacional é manifestamente de ordem pública, não podendo de modo nenhum considerar-se de interesse privado a determinação da esfera do poder de jurisdição de um Estado em face dos outros Estados.

Quer as regras que definem a competência internacional sejam regras de direito internacional pròpriamente dito, derivando do costume ou de tratados, quer sejam regras de direito interno internacional, formulando-as as leis de determinado Estado, a sua função é sempre a mesma—marcar os limites do exercício do poder jurisdicional do Estado e, por isso, a observância dessas normas não pode estar dependente da vontade dos particulares.

Sendo assim, torna-se evidente que, pelo seu fundamento, a competência internacional se aproxima da competência em razão da matéria, cuja determinação assenta no interesse público.

As duas formas de competência ainda se aproximam pelo seu *fim*, pois tanto uma como outra se destinam a fixar uma *certa ordem de jurisdições* para conhecer de *certa ordem de causas*, sendo, num caso, essa ordem de jurisdições constituída pelos *tribunais de um Estado* e, no outro, por *certa espécie de tribunais do Estado*.

(1) *Gazeta* cit., ano cit., pág. 26.

Ora dada esta semelhança de fundamento e de fim das duas ordens de competência, parece lógica a conclusão de que a excepção baseada na incompetência internacional deve ter o mesmo valor que a baseada na incompetência em razão da matéria, podendo, portanto, ser alegada em qualquer altura do processo e devendo os tribunais conhecer dela oficiosamente (Código de processo civil, artigo 3.°, § 2.°).

E esta aproximação entre a excepção de incompetência internacional e a excepção de incompetência em razão da matéria é tanto mais razoável, que é inteiramente análogo o resultado das duas excepções, porquanto a excepção de incompetência internacional tem como efeito excluir a competência de *todos os tribunais do país* e a excepção de incompetência em razão da matéria tem como efeito excluir *todos os tribunais da mesma espécie* (todos os tribunais comerciais, por exemplo), diferentemente do que acontece com a incompetência em razão das pessoas, cujo efeito é excluir apenas a competência do tribunal onde é proposta a acção, podendo esta ser proposta noutro tribunal territorial da mesma espécie e categoria.

b) *Excepção de lide pendente.* — Ao estabelecer os factos determinantes da competência interna, admitem por vezes as leis a *competência electiva* de dois ou mais tribunais, podendo os interessados recorrer a um ou outro dêsses tribunais. E assim é que, entre nós, a acção de divórcio pode ser proposta no juízo do domicílio ou no juízo da residência do autor (Decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 5.°), e a acção emergente do contrato de transporte por caminho de ferro pode ser proposta no juízo da estação de expedição ou no juízo da estação de recepção (Código de processo comercial, artigo 7.°, § único).

Como, porém, uma e a mesma acção não poderia ser julgada por dois tribunais diferentes, a admissão da competência electiva ou concorrente de diferentes tribunais foi temperada pelo *princípio da prevenção de jurisdição*, segundo o qual, de dois tribunais concorrentemente competentes, fica sendo exclusivamente competente o tribunal perante o qual a acção foi proposta em primeiro lugar, dizendo-se que é competente o tribunal que *preveniu a jurisdição*.

E o princípio da prevenção de jurisdição torna-se efectivo mediante a *excepção de lide pendente*, a qual se funda no princípio *ne bis de eadem re sit actio* e deve ser deduzida perante o tribunal em que a acção tenha sido proposta em segundo lugar.

Ora, como acontece com a competência interna, pode haver, em matéria de competência internacional, casos de competência electiva, a que se dará sempre que, segundo um tratado ou segundo uma lei interna, forem concorrentemente competentes para conhecer de uma acção os tribunais de dois países diferentes.

Um caso nítido de competência internacional electiva aparece no artigo 5.° da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 relativa ao divórcio, onde se estabelece que, em regra, as acções de divórcio e de separação podem ser propostas, quer perante a jurisdição competente segundo a lei nacional, quer perante a jurisdição competente do lugar onde os cônjuges estiverem domiciliados.

Também um caso de competência internacional electiva resulta certamente do § único do artigo 7.° do nosso Código de processo comercial, se a estação de expedição for em país estranjeiro e a estação de recepção em Portugal, já que êsse preceito diz que para as acções relativas ao transporte por caminhos de ferro é competente o juízo de uma ou outra estação.

Da possibilidade da competência internacional electiva resultou a questão da legitimidade da excepção de lide pendente quando dois tribunais de Estados diferentes sejam simultâneamente competentes para conhecer da mesma acção e um deles tenha prevenido a jurisdição.

No direito positivo, a questão apenas foi resolvida expressamente, que nós saibamos, no tratado franco-belga de 8 de julho de 1899, cujo artigo 4.°, § 1.°, dispõe que os tribunais de um dos Estados contratantes devolvam aos tribunais do outro Estado contratante, se alguma das partes assim o requerer, o conhecimento das questões propostas perante êles, quando estas questões já se encontrem pendentes perante os tribunais do mesmo Estado. É claramente o reconhecimento da excepção de lide pendente nas relações internacionais.

A questão está, pois, quási exclusivamente entregue à jurisprudência e à doutrina.

A jurisprudência dos diferentes países divide-se muito. A jurisprudência francesa e belga é unânimemente contrária à admissão da excepção de lide pendente nas relações internacionais (1).

A jurisprudência italiana é quási concorde no sentido de rejeitar a excepção (2) e é no mesmo sentido preponderantemente a jurisprudência rumena (3).

Pelo contrário, a jurisprudência alemã e austríaca é favorável ao reconhecimento da excepção (4).

Também a doutrina é discordante a respeito da legitimi-

(1) Weiss, *Traité*, IV, pág. 47 e seg.; Ghirardini, *La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale*, na *Rivista di diritto internazionale*, II, pág. 321, nota.

(2) Ghirardini, *Rivista* cit., pág. 320, nota.

(3) Weiss, *Traité*, vol. cit., pág. 48, nota; Ghirardini, *Rivista* cit., pág. 322 nota.

(4) Na Inglaterra não existe propriamente uma excepção de lide pendente. Existe, porém, uma regra de direito que pode conduzir ao mesmo resultado. Essa regra é assim formulada por Dicey: «O tribunal tem jurisdição para proceder, sempre que haja vexame ou opressão, no sentido de evitar que a administração da justiça seja transviada para um fim injusto e, para êsse efeito, pode suspender o andamento do processo ou recusar-se a julgá-lo. Mas êste poder só pode ser exercido contra qualquer das partes quando o procedimento destas for claramente vexatório ou opressivo».

Ao lado desta regra, formula Dicey uma sub-regra, nestes termos: «O tribunal tem jurisdição para sobreestar numa acção como vexatória ou opressiva, se num tribunal inglês e num tribunal de outro país forem promovidos dois processos sôbre o mesmo objecto e contra o mesmo réu. Se o tribunal estranho for um tribunal do Reino Unido ou de qualquer parte do Império britânico, o procedimento do autor é *prima facie* vexatório. Se o tribunal estranho não pertencer a qualquer parte do Império britânico, o procedimento do autor é *prima facie* não vexatório» (*Conflict of laws*, pág. 322).

Vê-se destas regras que o poder discricionário do tribunal pode conduzi-lo a proceder de modo semelhante ao que se dá com a admissão da excepção de lide pendente. Contudo, como, quando um dos tribunais é estranjeiro, o simples facto do segundo processo se não presume vexatório, deve o réu provar que assim é, para o que precisa de demonstrar que o autor apenas pode obter com o segundo processo *idênticas vantagens* às que obteria com o primeiro, o que torna a demonstração difícil quando a sentença tenha de ser executada em Inglaterra, pois, como nota Ghirardini, uma sentença inglesa dará sempre maiores vantagens do que uma sentença estranjeira, pela razão simples de que esta precisa de ser submetida à apreciação de um tribunal inglês (Vide Westlake, ob. cit., n.os 338 e 339; Phear, *De l'exception de litispendence à raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger, d'après la jurisprudence anglaise*, em *Clunet*, 1891, pág. 459 e seg.; Ghirardini, *Rivista* cit., pág. 329, nota (1)).

dade da excepção de lide pendente em matéria de competência internacional.

A doutrina francesa e belga é quási concorde em não admitir a excepção (1).

Exprimem bem êsse modo de ver da doutrina as palavras de Pillet, ao estudar o referido artigo 4.º do tratado franco-belga; «Segundo o direito comum internacional, o princípio admitido é absolutamente contrário àquele que encontramos no nosso tratado. Nem a lide pendente nem a conexidade mudam em nada, segundo o direito comum, as regras habituais da competência internacional. Esta recusa de influência da litispendência ou da conexidade explica-se, sobretudo, pela territorialidade das leis sôbre competência, territorialidade que é forçoso reconhecer, ou porque se considerem estas leis como disposições de ordem pública no país que as promulga, ou porque, seguindo uma análise diferente, se façam entrar as regras de competência no sistema de direito internacional do país que as estabeleceu (2)».

Na doutrina italiana há maiores divergências. Pode, porém, dizer-se que prepondera a corrente contrária à legitimidade da excepção, seguindo essa corrente, entre outros, os três grandes processualistas Mattirolo (3), Mortara (4) e Chionenda (5).

A doutrina alemã é, porém, na sua maioria, no sentido da legitimidade da excepção, nos casos em que a sentença estranjeira pode produzir os seus efeitos no país (6).

Por seu lado, também o Instituto de direito internacional se pronunciou favorávelmente à legitimidade da excepção, adoptando, na sessão de Hamburgo de 1898, estas resoluções: «Artigo 1.º Salvas as reservas estabelecidas no artigo 2.º, devem admitir-se nas relações com as jurisdições estranjeiras, sôbre a litispendência, as mesmas regras que existem nas relações das jurisdições nacionais de cada Estado. Art. 2.º

(1) Weiss, *Traité*, IV; pág. 47 e seg.; Ghirardini, *Rivista* cit., pág. 321, nota.

(2) *Les conventions internationales relatives à la competence judiciatre et à l'execution des jugements*, pág. 279.

(3) *Trattato di procedura civile*, I, n.º 1018.

(4) Ob. cit., II, pág. 8 e 9.

(5) Ob. cit., pág. 514.

(6) Von Bar, ob. cit., n.º 473; Ghirardini, *Rivista* cit., pág. 322, nota.

E necessário, para a admissão da lide pendente estranjeira, que, em regra, as sentenças proferidas no país do tribunal perante o qual a acção foi proposta em primeiro lugar sejam exequíveis sem revisão de mérito segundo a lei do país onde é deduzida a excepção (1)».

A questão foi allorada entre nós pelo Dr. Marnoco e Sousa (2) e pelo Dr. J. Alberto dos Reis (3), pronunciando-se ambos a favor do reconhecimento da excepção de lide pendente em tribunal estranjeiro, o primeiro com o fundamento de que a legitimidade da excepção deriva do reconhecimento da competência da autoridade judiciária estranjeira, e o segundo, não só por êsse fundamento, mas também pela razão de que a legitimidade da excepção de lide pendente representa uma conseqüência do respeito pelo caso julgado estranjeiro, estabelecendo assim a identidade de tratamento jurídico da sentença proferida por tribunal estranjeiro e da lide pendente em tribunal estranjeiro.

Na jurisprudência dos nossos tribunais, não encontramos sinal de a questão ter sido discutida.

Em face de todas as divergências doutrinais e jurisprudenciais que ficam apontadas, onde deverá ver-se a verdade jurídica?

Entendemos que a verdade está com os escritores que não admitem a legitimidade da excepção de lide pendente nas relações entre as jurisdições de diferentes Estados.

A excepção de lide pendente supõe dois juízos igualmente competentes, circunstância que pode evidentemente verificar-se nas relações internacionais; mas supõe também a reciprocidade perfeita dos dois juízos, isto é, a certeza de que tanto um como outro juízo pode chegar a uma decisão do pleito, proferindo uma sentença que o resolva definitivamente e que seja exequível, e tal certeza falta na hipótese de um dos tribunais competentes ser estranjeiro, pois a sentença por êle proferida pode deixar de ser confirmada pelo juízo de *exequatur*. Ora é bem de ver que, admitir a excepção de lide pendente em tribunal estranjeiro com a possibilidade

(1) *Annuaire*, XVII, pág. 290 e 291.
(2) Ob. cit., n.º 80.
(3) *Processo ordinário civil e comercial*, n.º 115.

de a sentença por êste proferida não produzir efeitos no Estado onde é deduzida a excepção, equivaleria a transformar muitas vezes a excepção numa denegação de justiça, o que decide evidentemente da ilegitimidade da sua admissão. Tal é, fundamentalmente, a doutrina de Mortara, que consideramos inteiramente rigorosa.

A doutrina exposta não obsta, porém, a que a excepção de lide pendente seja reconhecida em tratados, como o tratado franco-belga. Nem será necessário que a excepção seja admitida expressamente, devendo entender-se que é legítima quando o tratado, reconhecendo casos de competência electiva, ao mesmo tempo determine que as sentenças proferidas pelos tribunais de qualquer Estado contratante produzem os seus efeitos nos outros Estados, como deverá pensar-se em face da citada convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre o divórcio e separação de pessoas (1).

272—Admitem, em geral, as legislações que as questões entre particulares, em vez de serem submetidas à apreciação dos tribunais de justiça, possam ser resolvidas por um *juízo arbitral*.

O mesmo princípio foi aceito pela nossa lei de processo, consignando-o o artigo 44.º do Código de processo civil, nestes termos: «A todas as pessoas, que puderem livremente dispor dos seus bens, é permitido fazer decidir por um ou mais árbitros da sua escolha as questões sôbre que possa transigir-se, ainda que já estejam afectas aos tribunais ordinários».

Sendo assim, impõe-se naturalmente, neste lugar, o estudo do regime jurídico internacional do juízo arbitral, no que respeita à influência do seu reconhecimento sôbre a competência internacional dos tribunais portugueses.

Para êsse efeito, cumpre investigar em que termos estes tribunais poderão ser privados da sua competência legal, pelo recurso ao juízo arbitral.

Semelhante investigação deve recaír sôbre três pontos: a) *nacionalidade das pessoas* que podem recorrer ao juízo arbitral e que podem ser nomeadas árbitros; b) *questões* que

(1) Anzilotti, *Memoria* cit., n.º 27.

podem ser *objecto* do juízo arbitral; c) *lugar* onde pode ou deve funcionar o tribunal arbitral.

a) *Nacionalidade das pessoas.* Sob êste aspecto, importa determinar, primeiro, se os estranjeiros podem recorrer ao juízo arbitral e, segundo, se os estranjeiros podem ser árbitros.

O primeiro ponto não oferece a mínima dificuldade. O juízo arbitral substitui o recurso aos tribunais de justiça, os estranjeiros gozam, em geral, do direito de acção e, por isso, é evidente que podem recorrer ao juízo arbitral para a decisão dos seus pleitos (1).

Poderão, porém, ser nomeados árbitros?

A resposta depende da natureza atribuída ao juízo arbitral e da extensão da capacidade jurídica reconhecida aos estranjeiros.

Se o juízo arbitral for considerado uma função jurisdicional e, portanto, uma função pública, e os estranjeiros não puderem, em geral, exercer direitos políticos e, conseqüentemente, funções públicas, não poderão ser nomeados árbitros (2).

Se, porém, o juízo arbitral não passar de uma *delegação de direito privado,* de uma espécie de mandato para realizar uma transacção, como nós o consideramos (3), poderão os estranjeiros ser nomeados árbitros, quando gozem, como acontece entre nós, da generalidade dos direitos privados e não sejam, como entre nós não são, expressamente exceptuados pela lei (4).

b) *Questões admissíveis no juízo arbitral.* A possibilidade de submeter a resolução de uma causa ao juízo arbitral deve ser regulada normalmente pela lei do país relativamente ao qual se substitui a acção judicial por aquele juízo, pela razão simples de que a *regra* para a decisão dos pleitos entre particulares é o recurso aos tribunais, representando o juízo arbitral uma *excepção* e não podendo, por

(1) Fedozzi, *L'arbitrato nel dirito processuale civile internazionale,* Palermo, 1908, pág. 61.
(2) L. 1, n.º 43-1.
(3) L. 1, pág. 648.
(4) L. 1, n.ºs 43-II e 50. Conf. Dr. Alves de Sá, *Comentário ao Código de processo civil,* II, pág. 148 e 151; *Boletim da Faculdade de Direito,* VI, pág. 694.

isso, a êle recorrer-se senão nos casos em que a lei daquele país o permitir.

Em Portugal, portanto, o recurso ao juízo arbitral apenas será legítimo a respeito das questões sôbre as quais possa *transigir-se* (Código de processo civil, artigo 44.º).

E a qualificação da *transigibilidade* pertence à lei portuguesa, como lei competente para determinar o *desvio* dos tribunais de justiça para o juízo arbitral. Em verdade, se à lei portuguesa cabe determinar quando os tribunais portugueses são competentes para decidir os pleitos entre particulares, também lhe deve caber determinar quando êles podem ser privados da sua competência. A possibilidade ou impossibilidade de transacção é, segundo a lei portuguesa, o *critério de competência* do juízo arbitral, e, ao fixar êsse critério, o legislador teve certamente em vista as causas que êle mesmo considerava susceptíveis de transacção (1).

c) *Lugar do juízo arbitral.* O recurso ao juízo arbitral tem por base o *compromisso* (Código de processo civil, artigo 45.º), que é o contrato pelo qual as partes resolvem submeter a decisão de uma questão àquele juízo.

Relativamente ao lugar em que pode ser realizado o compromisso e ao lugar em que pode funcionar o juízo arbitral, importa considerar as três hipóteses: *primeira* — de o compromisso ser celebrado em Portugal e aí se determinar que o juízo arbitral deve funcionar também em Portugal; *segunda* — de o compromisso ser celebrado em país estranjeiro, mas o juízo arbitral ter de funcionar em Portugal; *terceira* — de o compromisso ser celebrado em Portugal, mas o juízo arbitral ter de funcionar em país estranjeiro.

A primeira hipótese não levanta dificuldade. O compromisso deve ser celebrado por escritura pública ou auto público (Código de processo civil, artigo 45.º), e os compromitentes podem escolher livremente a comarca onde há de instalar-se o juízo arbitral (Código citado, artigo 46.º).

A segunda hipótese já suscita duas questões, relativa a primeira à possibilidade de celebrar em país estranjeiro o compromisso respeitante a um juízo arbitral que deve insta-

(1) Vide Fedozzi, ob. cit., pág. 82

lar-se em Portugal, referente a segunda à lei reguladora da forma do compromisso, caso se admita que é juridicamente possível a sua celebração em país estranjeiro.

Quanto à primeira questão, como a lei não exige que o compromisso seja celebrado em Portugal e porque é princípio geral de direito que é permitido fazer aquilo que a lei não proíbe, julgamos irrecusável a doutrina de que as partes podem celebrar em país estranjeiro o compromisso relativo a um juízo de árbitros que tenha de funcionar em Portugal.

A resolução da segunda questão depende da natureza atribuída ao juízo arbitral.

Quando se aceite a doutrina, que consideramos exacta, de que o juízo arbitral é uma instituïção de direito privado, a forma do compromisso está naturalmente sujeita ao princípio *locus regit actum*, como a forma de qualquer outro contrato de direito privado.

Se, porém, se adoptar a doutrina de que o juízo arbitral é um verdadeiro acto de jurisdição, a forma do compromisso deverá ser a exigida pela lei do Estado cujos tribunais forem privados pelo mesmo compromisso da sua jurisdição normal. Segundo essa concepção, só poderia ser celebrado por escritura ou auto público o compromisso que privasse os tribunais portugueses do conhecimento de qualquer causa que fôsse da sua competência (Código de processo civil, artigo 45.º), pois que, nesse caso, a exigência de escritura ou auto público deveria considerar-se como uma garantia da constituïção de um órgão da jurisdição (1).

A terceira hipótese, isto é, a hipótese de, no compromisso, celebrado em Portugal, se estipular que o juízo arbitral funcionará em país estranjeiro, suscita uma questão delicada, qual é a de saber se é válido ou nulo êsse compromisso.

Em Itália, cujo código de processo civil dispõe que — «as sentenças dos árbitros devem ser proferidas no reino» — tem sido muito discutida na jurisprudência a questão acima enunciada, podendo, porém, dizer-se que a doutrina e a jurisprudência preponderantes são no sentido da validade da

(1) Fedozzi, ob. cit., pág. 103.

estipulação de que o juízo arbitral funcionará no estranjeiro (1), se bem que o tribunal de apelação de Turim, em sentença de 20 de julho de 1917, e o tribunal de cassação da mesma cidade, em sentença de 17 de maio de 1918, ainda tenham julgado em sentido contrário (2).

No nosso Código de processo civil, não há um preceito igual ao do código italiano, mas há uma disposição perante a qual a questão se levanta. É a disposição do artigo 46.º, onde se diz que as partes podem designar a *comarca* onde há de instalar-se o juízo arbitral, a qual mostra que o legislador tinha em mente que o juízo arbitral deve funcionar em território português, por isso que a *comarca* é uma circunscrição da divisão judiciária portuguesa.

Como resolver, pois, a questão?

Consideramos incontestável a doutrina de que o valor atribuído às sentenças arbitrais pelo Código de processo civil apenas pode ser reconhecido às sentenças arbitrais proferidas em Portugal segundo os termos estabelecidos naquele Código, pela razão simples de que o mesmo Código, ao regular o juízo arbitral, nos artigos 44.º e seguintes, tinha em vista o juízo arbitral organizado segundo a lei portuguesa e funcionando em Portugal.

A questão reduz-se, por isso, a verificar se, realizando-se em Portugal o compromisso de constituïção de um tribunal arbitral que deve funcionar em país estranjeiro, o compromisso deverá considerar-se subsistente para o efeito de privar os tribunais portugueses da sua jurisdição, e para o efeito de atribuir valor às sentenças arbitrais proferidas em país estranjeiro, na medida em que essas sentenças podem ter valor em Portugal.

Quanto ao primeiro efeito, entendemos que o compromisso é juridicamente ineficaz, até onde representar um pacto privativo de jurisdição, pois já vimos que semelhantes pactos devem considerar-se nulos em face da lei portuguesa (3). Não há mais razão para considerar lícito o desvio contratual da jurisdição dos tribunais portugueses para um juízo arbitral

(1) Vide: *Rivista di diritto internazionale*, I, pág. 467 e seg., VI, pág. 273 e seg., IX, pág. 499 e seg., X, pág. 424 e seg., e XII, pág. 283 e seg.
(2) *Rivista* cit., XII, pág. 283.
(3) L. I, pág. 647.

estranjeiro do que o mesmo desvio para tribunais de justiça estranjeiros pròpriamente ditos.

Se o compromisso não envolver um desvio de jurisdição, por, na hipótese, não serem competentes os tribunais portugueses, o facto de o compromisso ser celebrado em Portugal não é motivo para que não possa reconhecer-se efeito à sentença arbitral proferida em país estranjeiro, nos termos em que, a nosso ver (1), as sentenças arbitrais estranjeiras podem produzir efeitos em Portugal (2).

(1) L. I, pág. 617.
(2) Vide: Anzilotti, na *Rivista* cit., I, pág. 367 e seg.; VI, pág. 273 e seg., e XII, pág. 283 e seg.; Ghirardini, *Rivista* cit., IX, pág. 499 e seg.; Fedozzi, ob. cit., pág. 119 e seg.

§ II

Forma do processo

SUMÁRIO. 273 — Princípio geral acêrca da lei reguladora da forma do processo. 274 — Lei reguladora da determinação das acções judiciárias e da existência da acção judiciária para fazer valer um determinado direito. 275 — Lei competente para qualificar as acções. 276 — Fases processuais da acção judiciária. I — *Pedido e oposição ao pedido.* Capacidade e assistência judiciária. 277 — Citação: princípios gerais; citação dos representantes de nações estranjeiras e dos agentes diplomáticos portugueses. 278 — Impugnação directa do pedido. Excepções: classificação e regime. 279 — II — *Instrução do processo.* Princípios gerais acêrca do regime das provas. 280 — Regime especial acêrca de cada uma das provas admitidas pelo direito português. Prova documental. Prova testemunhal. Exames e vistorias. Confissão. Juramento. Presunções e caso julgado. 281 — III — *Discussão da causa.* A sua forma e os seus fundamentos. 282 — IV — *Julgamento.* Sua forma. Regime da decisão das questões prévias gerais: nulidades do processo, legitimidade das partes, excepções dilatórias. A questão prévia específica da competência da lei. Regime da decisão sôbre a questão de fundo. 283 — Função do juiz quanto à aplicação das leis estranjeiras. Sistemas doutrinais e legislativos acêrca da aplicação do direito estranjeiro. 284 — Sistema do direito português. 285 — Investigação e prova do direito estranjeiro. Solução a adoptar quando não é possível determinar a lei estranjeira aplicável. 286 — Legitimidade do recurso de revista fundado na errada aplicação da lei estranjeira.

273 — Com a distinção feita pelos jurisconsultos estatutários entre a *litis ordinatio* e a *litis decisio*, foi já formulado o princípio fundamental que preside à determinação da lei competente para regular a forma do processo. Aqueles jurisconsultos, emquanto deixavam a *litis decisio* dependente da lei que fosse considerada competente para resolver as questões em litígio, atribuíam competência à *lex fori* para presidir à *litis ordinatio*, isto é, para regular a forma do processo (1).

E o princípio da competência da lei do país onde é proposta e corre uma acção para regular a forma do processo

(1) Lainé, ob. cit., I, pág. 81, 227 e 253.

por que há de desenvolver-se a mesma acção foi reconhecido por todas as doutrinas posteriores, é invariàvelmente seguido pela jurisprudência de todos os países e tem sido consagrado já em leis internas, como o código civil italiano (Título prel., artigo 10.º) e o código civil brasileiro (*Introdução*, art. 15.º), já em tratados normativos, como o tratado de Montevideo sôbre processo civil, de 11 de janeiro de 1889 (artigo 1.º).

E a *lex fori* é competente, não como lei de ordem pública, mas como lei normalmente competente, pela relação natural que existe entre o desenvolvimento da acção e a lei do tribunal perante o qual ela se desenvolve (1).

Desta concepção da *lex fori* como lei normalmente competente para reger a forma do processo deriva uma conseqüência prática importante. É o reconhecimento num Estado dos actos de processo praticados em país estranjeiro, reconhecimento que tem a sua mais importante manifestação no valor atribuído às sentenças proferidas por tribunais estranjeiros.

O princípio de que a competência da *lex fori* para regular a forma de processo é uma competência normal, e não uma competência-limite, ainda nos explica as disposições da convenção da Haia de 17 de julho de 1905 relativas à forma de processo para executar as notificações vindas de país estranjeiro ou as cartas rogatórias, a qual, mandando aplicar em geral a *lex fori* (artigo 3.º e 14.º), acrescenta que as notificações e as rogatórias podem ser executadas por uma forma especial, se a autoridade requerente o pedir e o pedido não for contrário à legislação local.

Não basta, porém, formular o princípio de que a forma do processo é regulada pela *lex fori*, para ficar definido o regime jurídico internacional da acção judiciária. O regime da acção está em muitos pontos ligado ao direito substantivo, nesses pontos tem que aplicar-se uma lei diferente da lei de processo, a qual pode ser uma lei estranjeira, e daí a necessidade de investigar até onde é competente a *lex fori* como lei de processo, e onde importa aplicar outra lei, nacional ou estranjeira, como lei substantiva.

(1) Bartin, *Études de droit international privé*, pág. 210; L. 1, pág. 405 e 481.

274 — Toda a acção judiciária tem por objecto um interesse humano, mas nem todos os interesses podem ser objecto de uma acção judiciária. Uns escapam a toda e qualquer acção do poder público; e, daqueles em relação aos quais esta acção pode exercer-se, entram uns na esfera de jurisdição da autoridade administrativa e outros na esfera de jurisdição do poder judiciário. São estes últimos que podem ser objecto da acção judiciária.

No regime da acção judiciária, a primeira questão a resolver consiste, pois, naturalmente, em determinar o que pode ser objecto dessa acção e o que entra na esfera de jurisdição da autoridade administrativa.

A competência para estabelecer os limites da esfera de jurisdição de cada uma das autoridades de um Estado pertence evidentemente a êsse Estado e, portanto, também é evidente que é a *lex fori* a lei competente para decidir se uma determinada pretensão deve ser formulada perante a autoridade administrativa ou perante o poder judiciário.

Uma importante aplicação desta doutrina encontra-se nas leis escandinavas acêrca da competência para decretar o divórcio e a separação de pessoas. Como dissemos noutro lugar (1), nesses países a competência para decretar o divórcio ou a separação pertence, em maior ou menor escala, à autoridade administrativa; e semelhantes preceitos de lei devem ser aplicáveis tanto a nacionais como a estranjeiros, cumprindo a êstes dirigir-se a essa autoridade ou aos tribunais judiciais, em harmonia com a mesma lei (2).

Mas, se a *lex fori* é a lei competente para decidir se determinada pretensão pode ou não ser objecto de uma acção judiciária, não lhe compete a ela decidir se, num caso concreto, uma pessoa tem ou não o direito de acção para fazer valer um poder jurídico. O direito de acção é um meio de tornar efectivo um poder jurídico e, por isso, fàcilmente se compreende que é a lei normalmente competente para regular uma relação jurídica que deve aplicar-se para determinar se para ela pode ou não invocar-se a tutela jurídica representada pela acção judiciária.

(1) L. 1, pág. 700.
(2) Fedozzi, ob. cit., pág. 197.

E assim, se, segundo a lei normalmente competente, uma determinada obrigação fôr considerada uma simples *obrigação natural*, isto é, uma obrigação cujo cumprimento não pode pedir-se em juízo, o sujeito activo de semelhante obrigação não poderá recorrer à acção judiciária, mesmo num país cuja legislação considere a obrigação perfeita (1).

275 — Paralelamente ao que faz o artigo 2.º do nosso Código de processo civil, as legislações dos outros Estados adoptam uma *classificação das acções*, quer para efeitos de competência, quer para efeitos de formalidades de processo, e daí a necessidade de, perante determinada acção, a *qualificar*, para verificar, por exemplo, se se trata de uma *acção real* ou de uma *acção pessoal*, ou se a acção real é *mobiliária* ou *imobiliária*. Ora, na qualificação das acções, pode haver divergência de legislação para legislação, e daí o problema de qual deva ser a lei competente para qualificar as acções.

Fedozzi, tratando esta questão, sustenta a doutrina de que a qualificação das acções deve ser sempre regulada pela *lex fori*, pela mesma razão por que a qualificação das relações jurídicas deve ser regulada por essa lei (2).

Cremos, porém, que a doutrina de Fedozzi é exageradamente absoluta.

Em nosso entender, para qualificar uma acção, deverá ter-se em vista o fim para que se faz a qualificação.

Se a qualificação tem por fim a determinação da competência do tribunal ou a forma do processo, deve ser competente a *lex fori*, à qual cabe regular aqueles dois assuntos.

Se, porém, a qualificação das acções tiver um fim diferente, relacionado com o exercício de um direito, deverá aplicar-se a lei competente para regular êsse direito. Assim, se se tratar de saber se uma acção é conservatória ou persecutória, para averiguar se ela pode ser proposta pelo tutor, sem ou com autorização do conselho de família (Código civil, artigo 243.º, n.º 9.º), a qualificação das acções deverá certamente ser regulada pela lei da tutela, pois o fim da

(1) Fedozzi, ob. cit., pág. 504.
(2) Ob. cit., pág. 521.

qualificação é a protecção do menor, e para isso é competente a lei da tutela.

276 — A acção judiciária começa por um *pedido*, em que o requerente, em regra chamado *autor*, formula a pretensão apresentada ao tribunal, e acaba por uma *sentença*, em que é julgada aquela pretensão.

Normalmente, porém, o pedido é formulado contra uma pessoa determinada, que tem o nome de *réu*, a quem, também normalmente, é reconhecida, desde o início do pleito, a faculdade de deduzir a sua *oposição ao pedido*; e, entre esta fase inicial e o julgamento, atravessa a acção uma fase de *instrução*, em que são produzidas as *provas* da pretensão do autor e da defesa do réu, e uma fase de *discussão*, em que, contraditòriamente, e oralmente ou por escrito, as *partes* alegam os fundamentos da sua pretensão ou da sua defesa. Cumpre, por isso, estudar o regime jurídico internacional da acção judiciária em cada uma das suas fases.

I — *Pedido e oposição ao pedido.* O direito de acção consiste no poder de pedir em juízo a restituïção de um direito usurpado, a reparação de um direito ofendido ou a defesa de um direito ameaçado, e, por isso, é lògicamente que a acção começa sempre por um

A) *Pedido.* As questões de direito internacional coordenadas com o pedido referem-se ao regime da capacidade judiciária, ao regime da assistência judiciária e ao regime da citação.

a) *Capacidade judiciária.* A capacidade judiciária, que é manifestação da capacidade jurídica, reveste, como esta, as duas formas de *capacidade de gôzo* e *capacidade de exercício*, consistindo a primeira no *poder de ser parte em juízo*, e a segunda no *poder de estar em juízo*.

A capacidade judiciária de gôzo é, assim, a própria atribuïção do direito de acção; e a capacidade judiciária de exercício é o poder de agir em juízo.

Nenhuma destas formas de capacidade constitui uma formalidade de processo e, por isso, nenhuma delas é regulada pela *lex fori*, como lei reguladora do processo.

A capacidade de ser parte em juízo está sujeita ao regime da capacidade de gôzo de direitos, devendo regulá-la: quando

considerada em geral, a lei do Estado a que o indivíduo pertence, com as modificações que devam resultar da *lex fori* como lei ordem pública internacional; e, quando considerada em relação ao gôzo de um direito especial, a lei competente para regular êsse direito (1).

A capacidade de estar em juízo está sujeita ao regime da capacidade de exercício de direitos, sendo, portanto, regulada, em princípio, pela lei pessoal do interessado, embora com os desvios, que noutro lugar estudamos, determinados pelo casamento, pela falência, pela teoria do *favor negatii* nos países que a admitem, e pela acção inibitória das leis de ordem pública internacional (2).

Sendo assim, segundo o nosso sistema de direito internacional privado, será pela lei nacional do autor que deverá determinar-se se êle pode estar em juízo pessoal e livremente, ou se precisa de ser representado ou assistido pelo seu representante legal.

Isto pelo que respeita às pessoas singulares. Quanto às pessoas colectivas, o regime também é fácil de determinar. A capacidade de ser parte em juízo integra-se na capacidade de gôzo de direitos e, por isso, é regulada pela lei nacional da pessoa colectiva, com as restrições estabelecidas pela lei do país onde elas pretendam exercer a sua actividade jurídica, designadamente por motivos de ordem pública (3). E a capacidade de estar em juízo integra-se na teoria da competência dos órgãos que representam as pessoas colectivas, a qual é igualmente regulada pela lei nacional (4).

b) *Assistência judiciária.* Pode uma pessoa ter o direito de ser parte em juízo, pode encontrar-se nas condições de estar em juízo pessoal e livremente, mas pode a lei exigir que, em determinados casos, ela seja assistida de um profissional, advogado ou procurador, a fim de que possam ser recebidos os papeis em que formula ou defende a sua pretensão. E assim é que a nossa lei de processo determina, em geral, que, no processo ordinário ou especial, os requerimentos

(1) Supra, n.º 220.
(2) Fedozzi, ob. cit., pág. 164 e seg.; Diena, *Diritto internazionale privato*, pág. 346.
(3) L., I, n.º 69.
(4) Supra, n.º 231.

para começo de acção, as contestações e quaisquer outros articulados, as minutas e petições de recurso e as alegações escritas, não serão recebidas em juízo sem estarem assinadas, com o nome por inteiro, por advogado, ou por procurador se não houver advogado no auditório (Código de processo civil, artigo 93.º; Decreto n.º 3 de 29 de maio de 1907, artigo 2.º, § 1.º).

Qual será, pois, o carácter das leis que, como esta, regulam o direito de estar em juízo só de per si ou a necessidade de recorrer ao patrocínio de um advogado ou procurador?

Semelhantes leis traduzem uma idea meramente processual, nada tendo com a capacidade jurídica do indivíduo e, por isso, deve estabelecer-se a doutrina de que o grau e a forma da assistência judiciária são regidos pela *lex fori*, a qual se aplica tanto a nacionais como a estranjeiros, como lei de competência localizada (1). «Diversa da capacidade processual, escreve Fedozzi, é aquela que, na linguagem técnica alemã, se chama *Postulationsfähigkeit*, isto é, a capacidade de se apresentar pessoalmente perante os tribunais. Esta última representa uma idea puramente processual, que nada tem com a capacidade de direito ou com a capacidade de agir e que, por isso, é regida, incontestàvelmente, pela *lex fori* (2).

277 — c) *Citação.* 1.º) *Princípios gerais.* O réu, ou a pessoa que se pretende chamar a juízo, pode encontrar-se no país em que é proposta a acção ou pode encontrar-se em país estranjeiro e, por isso, a citação pode ter de fazer-se, quer no país do tribunal, quer num país diferente.

Se o país da citação coincidir com o país da acção, não pode haver dificuldade. A *espécie* e a *forma* da citação são reguladas pela *lex fori*, seja o citando nacional ou seja estranjeiro, aplicando-se, sem hesitações, o princípio de que a forma do processo é regulada pela lei do país onde corre a acção.

Se, porém, a pessoa a citar se encontrar em país estranjeiro, já aparecem dificuldades.

(1) Diena, ob. cit., pág. 349.
(2) Ob. cit., pag. 284.

As leis de processo dos diferentes Estados prevêm o caso de o citando se encontrar em país estranjeiro, considerando a dupla hipótese de a sua residência ser ou não conhecida.

Se a residência é desconhecida, todas prescrevem que a citação se faça mediante *aviso público*, cujas formalidades variam de país para país, mas consistem, em regra, em afixar na porta do tribunal onde é proposta a acção e em quaisquer outros lugares públicos uma *cópia* do requerimento em que se pede a citação ou *éditos* extraídos dêsse requerimento, e em publicar, em periódicos, essa cópia ou éditos, aparecendo nas diferentes legislações disposições paralelas às dos artigos 194.º e 197.º do nosso Código de processo civil, que mandam fazer a citação por meio de éditos, afixados na porta do tribunal, na porta da casa do último domicílio do citando e na porta da igreja da sua freguesia ou na porta da capela do respectivo lugar, e anunciar a citação na folha oficial do Govêrno e num periódico da localidade onde se afixem os éditos (1).

Se a residência do citando em país estranjeiro é conhecida, não se contentam as legislações com um aviso público nos termos indicados, prescrevendo que o réu seja citado no país da sua residência.

O *meio* adoptado para conseguir a citação varia, porém, muito de legislação para legislação. Assim: a lei portuguesa (Código de processo civil, artigo 69.º, 88.º e 199.º) manda expedir carta rogatória, dirigida aos juízes ou tribunais do país da residência do citando; a lei alemã (código de processo civil, artigo 199.º) dispõe que as citações a fazer em país estranjeiro se realizarão por meio de carta rogatória dirigida à autoridade competente do país estranjeiro ou ao agente diplomático ou consular do império residente nesse Estado; a lei austríaca (Lei de 1 de agosto de 1895, artigos 121.º e 122.º) manda fazer a citação por intermédio dos agentes diplomáticos ou consulares austríacos e, se isso não for possível, por carta rogatória dirigida à autoridade estranjeira competente; a lei belga (Decreto de 1 de abril de 1814 e lei de 26 de março de 1833) determina que o oficial encarregado da citação afixe o respectivo documento na porta do tribunal superior de justiça ou do tribunal da acção e que dirija o duplicado, por carta, ao destinatário, no caso de o director do correio não declarar que se encontra na impossibilidade de se encarregar da entrega da carta, pois, em semelhante caso, deve fazer menção de tal declaração no seu exemplar e enviar cópia dêste acto, em envelope registado, ao ministro dos negócios estranjeiros; a lei francesa (código de processo civil, artigo 69.º; lei de 11 de maio de 1900) manda entregar o mandado de citação ao agente do ministério público junto do tribunal onde é proposta a acção, o qual o enviará, por cópia, ao ministro dos negócios estranjeiros ou a qualquer outra autoridade determinada pelas convenções internacionais; segundo o direito inglês, o mandado de citação é entregue ao autor, para êste, com permissão do tribunal, avisar o réu da sua existência (1): e a lei norueguesa dispõe que a citação deve ser feita ao réu domiciliado em país estranjeiro segundo a lei do domicílio, devendo o cônsul norueguês intervir na realização da citação, a não ser que as autoridades locais exijam o recurso à via diplomática (2).

(1) Vide: Weiss, *Traité*, v, pág. 478 e seg.

Encontra-se, assim, nas legislações referidas, uma escala interessante de meios de transmitir o pedido ou a ordem de citação, desde a *via diplomática* até à *entrega* de um simples aviso *pelo autor*.

E, comparando as legislações, ainda se verifica que elas seguem dois sistemas acêrca do *grau de certeza* de que o réu teve conhecimento da citação: o *sistema alemão*, que exige um certificado passado pela autoridade encarregada da citação de que esta foi feita; e o *sistema franco-italiano*, que considera a citação feita desde que o respectivo documento foi entregue ao ministério público (3).

O sistema português é, fundamentalmente, igual ao

(1) Weiss, *Traité*, v, pág. 490. Como observa Foote, é um aviso do mandado de citação e não o próprio mandado de citação (como acontece quando o réu reside em Inglaterra) cuja remessa deve ser ordenada, pela consideração de que representaria uma falta de cortesia o facto de um Estado soberano enviar uma ordem de citação perentória a uma pessoa que se encontre no território de outro Estado (*Clunet*, 1882, pág. 470).

(2) Weiss, *Traité*, v, pág. 498.

(3) Weiss, *Traité*, v, pág. 478 e 485; Contuzzi, *Commentaire théorique et pratique des conventions de la Haye concernant la codification du droit international privé*, I, pág. 112.

sistema alemão. Em verdade, quando o citando tem residência conhecida em país estranjeiro, deve ser expedida carta rogatória para a citação (Código de processo civil, artigo 69.º e 190.º), a citação só pode provar-se com a apresentação da carta já cumprida (Código cit., artigo 82.º e 84.º), e a falta de primeira citação constitui nulidade insuprível (Código cit., artigo 130.º, n.º 2.º).

Estes breves traços de direito comparado determinam o aparecimento de um problema de interesse: se o Estado pode escolher livremente o sistema de realizar a citação.

A resposta é afirmativa, tanto a respeito da escolha do meio de transmissão do pedido ou ordem de citação, como a respeito de grau de certeza de que o réu foi efectivamente citado, pois nenhuma regra de direito internacional positivo existe que o obrigue a adoptar êste ou aquele meio ou a adoptar um meio que dê a certeza de que a citação se fez.

Contudo, a acção livre do Estado tem limites no que respeita às suas conseqüências. Êsses limites encontram-se no direito que têm os outros Estados, quer de não reconhecer certo meio de transmissão do pedido ou ordem de citação, quer de não reconhecer valor à sentença proferida, se o tribunal sentenciador se não tiver certificado de que a citação foi realmente feita. É assim é que o direito português não permite que os tribunais portugueses cumpram rogatórias para citação que não venham pela via diplomática (Código citado, artigo 80.º), e a lei austríaca exige, para a execução de uma sentença proferida por tribunal estranjeiro, que a citação tenha sido feita na própria pessoa do réu (1).

Do que fica dito, resulta que a citação, quando feita em país estranjeiro, o pode ser com ou sem a *cooperação* das autoridades ou tribunais do Estado onde reside o citando.

Quando a citação é feita sem a cooperação das autoridades locais, como se é feita pelo próprio autor, por simples carta enviada pelo correio ou pelos agentes diplomáticos ou consulares do Estado onde é proposta a acção, há dois problemas de direito internacional a resolver: *primeiro* — determinar se o Estado local consente ou não qualquer daqueles

(1) Weiss, *Traité*, XI, pág. 154; L. I, n.º 206.

sistemas de efectuar a citação; *segundo* — qual a lei a aplicar na realização da citação, se for necessário praticar algumas formalidades legais.

O segundo problema é de fácil solução. A realização da citação por aviso feito directamente pelo autor ao réu ou por simples carta enviada pelo correio não depende de formalidades legais, e as formalidades legais a seguir pelos agentes diplomáticos ou cônsules são as estabelecidas pela lei do Estado que êles representam, pois, sendo funcionários dêsse Estado, não podem, na execução dos seus actos oficiais, praticar formalidades que não sejam as prescritas pela lei do mesmo Estado.

A solução do primeiro problema depende do que estiver estabelecido em tratado ou convenção e, na falta dêstes, do que dispuser o direito do Estado local, pois, não havendo uma regra geral de direito internacional positivo que obrigue os Estados a reconhecer êste ou aquele sistema de realizar a citação, têm êles o direito de se opor a determinado sistema de citação adoptado pelos outros Estados. Importa, por isso, verificar, em cada caso, o que determinam os tratados ou o que dispõe a lei interna do Estado onde reside o citando.

Sendo assim, torna-se necessário averiguar se o direito português se opõe ou não a determinado sistema de realizar em Portugal a citação de pessoas contra quem sejam propostas acções em país estranjeiro, se tal sistema prescindir da cooperação da autoridade portuguesa. Trataremos, porém, dêsse assunto um pouco adiante, ao estudar o problema da cooperação internacional das jurisdições.

Quando o sistema de realização da citação adoptado supõe a cooperação das autoridades do Estado onde reside o citando, também há dois problemas de direito internacional a discutir, mas êsses de todo o interesse: *primeiro* — o problema da determinação da autoridade competente para ordenar e realizar a citação; *segundo* — o problema da determinação da lei competente para regular o processo de realizar a citação.

O primeiro problema não pode dar lugar a dúvidas. A designação da autoridade local competente para ordenar e

realizar a citação pertence ao Estado local, pela razão simples de que não pode um Estado nem criar as autoridades de outro Estado nem determinar as suas funções.

Foi no sentido da doutrina que seguimos que decidiu a convenção da Haia sôbre processo civil de 17 de julho de 1905, quando determinou (artigo 1.º) que o pedido de notificação será dirigido à *autoridade que for designada pelo Estado requerido*.

Na resolução do segundo problema, há muitas hesitações na doutrina e na jurisprudência dos diversos Estados, podendo encontrar-se aí quatro sistemas: *a)* a citação pode ser feita segundo as formalidades da lei do país onde foi proposta a acção; *b)* a citação deve ser feita segundo a lei do país onde se verificar; *c)* a citação deve ser regulada, quanto ao *conteúdo*, pela *lex fori* da acção e, quanto à *forma*, pela *lex loci*, por aplicação do princípio *locus regit actum*; *d)* sòmente deve considerar-se vàlidamente realizada uma citação, quando feita por um *modo* admitido simultâneamente pela *lex fori* da acção e pela *lex loci*, e deve considerar-se competente para regular as formalidades de realização da citação a lei do lugar onde a citação é feita.

O primeiro sistema tem sido seguido pela jurisprudência francesa e é baseada por Weiss nas dificuldades de aplicar à citação o princípio *locus regit actum*, e na consideração de que tornar a regularidade da citação dependente da observância da *lex loci* seria colocar o tribunal da acção na dependência de um Estado estranjeiro e das suas leis (1).

O segundo sistema é defendido por Valery sôbre o fundamento de que atribuir competência à *lex fori* da acção representaria uma derrogação da regra *locus regit actum*, tanto menos justificada quanto é certo que é o legislador de cada país o único competente para determinar as garantias de que deve ser revestida a realização de uma citação (2).

O terceiro sistema é propugnado por Asser, como uma aplicação natural do princípio *locus regit actum*, quanto à

(1) Weiss, *Traité*, I, pág. 475 e seg., Valery, *Manuel*, n.º 537.
(2) Valery, *Manuel* cit., n.º cit. Conf. *Revue Darras—de Lapradelle*, 1907, pág. 21 e seg.

forma da citação, e da *lex fori* da acção, quanto ao seu *conteúdo*, à qual cabe indicar a suficiência dos actos de processo para o julgamento do pedido (1).

O quarto sistema é seguido por Diena, como o sistema capaz de conciliar a territorialidade das leis de processo com as exigências da *lex fori* da acção (2).

Qual será o sistema juridicamente rigoroso?

Cremos que é aquele que torna a regularidade da citação dependente da observância da lei do lugar onde a citação é feita. É a solução a que conduz o carácter das leis de processo. A citação é um acto de processo, as leis de processo são leis de competência localizada e, por isso, a competência para regular aquele acto cabe naturalmente à lei que vigora no lugar onde êle é praticado.

Além desta razão de ordem técnica, é valiosa, em nosso critério, a consideração de que a suficiência das garantias de regularidade e seriedade da citação varia, naturalmente, de país para país, sendo o legislador de cada Estado aquele que melhor pode determinar as garantias necessárias no seu país.

A doutrina exposta tem, porém, os desvios que sejam estabelecidos em tratados.

Sendo assim e, na falta de disposição expressa da nossa lei, a não ser que exista tratado que estabeleça o contrário, a citação de portugueses ou estranjeiros que residam em país estranjeiro, e que tenham de ser citados para acções propostas em Portugal, deverá ser feita em harmonia com a lei do país em que se realizar, e os portugueses ou estranjeiros residentes em Portugal, para responderem a acções propostas em tribunais estranjeiros, deverão ser citados segundo a lei portuguesa (3).

(1) Asser-Rivier, *Eléments de droit international privé*, pág. 164.
(2) Ob. cit., n.º 138.
(3) Tem sido discutida nos tribunais portugueses, a propósito da confirmação de sentenças proferidas em Inglaterra, se pode considerar-se devidamente feita a citação feita em Portugal, segundo a lei inglesa, isto é, pela entrega ao réu, do aviso do mandado de citação, pelo próprio autor. No sentido afirmativo decidiu o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de maio de 1886 (*Direito*, XXIV, pág. 131; *Gazeta*, I, pág. 742). Decidiram, porém, em sentido negativo o acórdão da Relação de Lisboa de 29 de julho de 1911 (*Gazeta*, XXV, pág. 786) e o acórdão do Supremo Tribunal de 8 de abril de 1913 (*Gazeta*, XXVII, pág. 683). Segundo o que dissemos no texto, consideramos exacta a doutrina dos últimos acórdãos (Conf. L. I, pág. 676).

1.º) *Citação dos representantes de nações estranjeiras e dos agentes diplomáticos portugueses.* Para completar a teoria da citação sob o ponto de vista internacional, diremos algumas palavras acêrca da citação dos representantes das nações estranjeiras em Portugal e acêrca dos agentes diplomáticos de Portugal a respeito das acções que contra êles sejam propostas perante os tribunais portugueses.

α) *Representantes das nações estranjeiras.* Referindo-se à citação dos representantes de nações estranjeiras, dispõe o artigo 184.º do Código de processo civil:

«Com os embaixadores, enviados ou encarregados de negócios, e quaisquer representantes de potências estranjeiras, observar-se há o que estiver estipulado nos tratados e convenções, e na falta de tratados o princípio da reciprocidade».

Como nota o Dr. Dias Ferreira, as palavras *e quaisquer representantes de potências estranjeiras* foram introduzidas, sobretudo, para compreender os *cônsules* e, por isso, pode dizer-se que o preceito se refere principalmente aos *agentes diplomáticos e consulares*, aos quais limitaremos as nossas considerações.

1—*Agentes diplomáticos.* Embora em geral isentos da jurisdição civil dos tribunais locais, estão os agentes diplomáticos sujeitos, em alguns casos, a essa jurisdição. Daí deriva o corolário seguro de que êles podem ser citados para essas acções.

Discute-se, porém, sôbre o meio de fazer a citação.

A nossa lei diz que deve observar-se o que estiver estabelecido nos tratados e, na falta de tratados, o princípio da reciprocidade (Código de processo civil, artigo 184.º).

O Dr. Dias Ferreira, anotando êste artigo, escreve: «o princípio da reciprocidade na citação ou intimação de quaisquer representantes de potências estranjeiras não obriga a parte ao sacrifício de andar a averiguar, e de provar perante as justiças portuguesas, o modo como são citados ou intimados os nossos agentes diplomáticos ou consulares no país do citando ou intimando, para ficar segura da validade da citação ou intimação. A citação ou intimação, como a inquirição, faz-se em conformidade do direito português; e é ao citado ou intimado ou inquirido, que cumpre reclamar e dar *prova* da reclamação, quando nos tribunais portugueses não for respeitado o princípio da reciprocidade (1).

O Dr. Alves de Sá ensina uma doutrina mais moderada, escrevendo: «a interpretação e aplicação do artigo aos casos omissos nos tratados ficará sempre dependente das doutrinas do direito internacional público e oscilante conforme as opiniões individuais, sobretudo emquanto se não fixar jurisprudência... O que há, pois, a fazer pràticamente, o que a prudência, que nunca deve desamparar o advogado, e a tolerância esclarecida, que deve sempre inspirar os juízes, é verificar o que se há praticado no país, que representa o citando, com os nossos representantes e ordenar-se aqui o mesmo, e, não havendo precedentes, seguir-se o que a maioria das opiniões autorizadas tiver estabelecido nos livros e na unanimidade dos tratados» (2).

Qual será a verdadeira doutrina?

Como lùcidamente indica o Dr. Alves de Sá, podem produzir-se três situações: haver tratado; não haver tratado, mas haver precedente no país do citando; não haver tratado nem precedente.

Há tratado?

Deve o tribunal aplicá-lo *ex officio*, pois os tratados têm o valor de leis especiais cujo cumprimento é obrigatório para os tribunais.

Não há tratado, mas há precedente?

Deve o tribunal proceder em harmonia com o precedente.

Deverá, porém, êsse procedimento ser oficioso, como entende o Dr. Alves de Sá, ou deverá fazer-se a citação em harmonia com a lei portuguesa, esperando que o citado invoque a reciprocidade e prove a reclamação, como entende o Dr. Dias Ferreira?

Parece-nos que o tribunal deve investigar oficiosamente o que se pratica no respectivo país: 1.º) porque a disposição do artigo 184.º do Código de processo civil é *imperativa*, emquanto diz *observar-se há*, e, por isso, o juiz, ao ordenar a citação (Código citado, artigo 180.º), deve observar oficiosa-

(1) *Código de processo civil anotado*, I, pág. 268.
(2) *Comentário ao Código do processo civil português*, III, pág. 59.

mente o que for exigido pelo princípio da reciprocidade; 2.º) porque a citada disposição constitui um acto de *respeitosa atenção* para com os representantes das nações estranjeiras, e os actos de respeito devem prestar-se espontâneamente, não tendo sentido que se espere pela sua exigência.

Se não houver, porém, tratado nem precedente estabelecido no país representado pelo agente diplomático, como proceder?

Têm sido defendidas pelos escritores duas opiniões. Uns, como Von Bar (1) e Lafayette Rodrigues Pereira (2), seguem a doutrina de que a citação deve ser feita segundo a lei comum do Estado onde corre o processo.

Outros, porém, como Légat (3) e Odier (4), entendem que a citação deve ser feita pela via diplomática, devendo ser transmitido ao ministro dos negócios estranjeiros o respectivo documento, para êle a mandar realizar.

É a segunda opinião aquela que nos parece melhor condizer com o sistema de imunidades concedidas aos agentes diplomáticos e com o respeito devido ao Estado por êles representado. A citação realiza-se e, ao mesmo tempo, assegura-se a atenção que merece a categoria daqueles agentes.

II — *Cônsules*. Os cônsules não gozam da isenção de jurisdição civil e, por isso, pode ser mais freqüente a necessidade de os citar. Como deverá, pois, fazer-se a citação?

Se houver tratado com o Estado que êles representam ou precedente estabelecido nesse Estado, tem de observar-se o tratado ou o precedente, exactamente como acontece com os agentes diplomáticos, visto o artigo 184.º do Código de processo civil abranger tanto uns como outros.

Se não houver tratado nem precedente, como os cônsules não gozam da imunidade de jurisdição, estando sujeitos às *regras normais de competência* dos tribunais locais, igualmente deverão considerar-se submetidos às *regras normais do processo* do Estado local, excepto quando os tratados ou leis especiais estabeleçam o contrário (1).

(1) Ob. cit., § 516.
(2) *Princípios de direito internacional*, I, § 246.
(3) *Cod des étrangers*, pág. 10.
(4) *Privilèges et immunités des agents diplomatiques*, pág. 227. Conf. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public*, III, n.º 1456; Rivier, *Principes du droit des gens*, I, pág. 497.

2.º) *Agentes diplomáticos portugueses*. A isenção de jurisdição concedida aos agentes diplomáticos significa apenas que êles não podem ser demandados perante os tribunais do país onde exercem a sua missão, não significando de modo nenhum que não sejam obrigados a responder pelo cumprimento das suas obrigações. Para êste efeito, poderão, por isso, ser demandados perante os tribunais do seu próprio país, segundo as regras de competência estabelecidas pelas leis dêsse país, devendo considerar-se competente o tribunal do seu último domicílio, designadamente, para as acções para que é competente o juízo do domicílio do réu (2).

Sendo assim, aparece naturalmente a questão de saber como deverão ser citados os agentes diplomáticos de um país acreditados junto do Govêrno de outro país, relativamente às acções para que sejam demandados no país de origem.

A hipótese já foi prevista pelo artigo 200.º do Código de processo civil alemão (3), o qual determina que a citação dos alemães, que gozam do privilégio da exterritorialidade, será feita por intermédio do Chanceler do Império ou do ministro dos negócios estranjeiros do Estado federado, segundo os casos.

A nossa lei é omissa sôbre a questão. Esta já apareceu, porém, nos nossos tribunais, dando-se-lhe uma solução que, em princípio, nos parece inadmissível, embora, na hipótese, aparecesse, afinal, como o único meio de fazer a citação.

Tratava-se de citar, para uma acção proposta em Portugal, a esposa do secretário de uma das nossas legações no estranjeiro.

Tentou-se, primeiro, a citação por meio de *carta rogatória*. Como, porém, o Govêrno se recusasse transmitir a carta, alegando a imunidade dos funcionários diplomáticos

(1) Notaremos, contudo, que, segundo alguns escritores, os cônsules devem ser citados por meio de *carta*, para de alguma forma respeitar a sua qualidade de representantes das nações estranjeiras (Lafayette R. Pereira, ob. cit., § 272).
(2) Vide Louter, *Le droit international public positif*, II, pág. 54.
(3) Vide Von Bar, ob. cit., § cit., nota 28.

não receberem citações dos tribunais locais, tentou-se, em segundo lugar, o recurso a uma *carta precatória,* que o ministério dos estranjeiros mandaria cumprir pelos empregados da legação. Também êste expediente foi recusado pelo ministério dos estranjeiros.

Á falta de outro meio, requereu-se, por fim, a *citação edital,* que o juiz de primeira instância denegou, mas que a Relação de Lisboa, em acórdão de 15 de novembro de 1899 (1). considerou legítima, como o único meio que restava ao autor de tornar efectivo o seu direito.

Como doutrina, a solução é claramente absurda, pois o citando não era, evidentemente, um *ausente,* no sentido rigoroso desta palavra.

Em nosso entender, sòmente poderia hesitar-se entre o recurso a uma carta rogatória e o meio adoptado pelo código de processo civil alemão, parecendo-nos que deveria seguir-se êste último meio, pedindo-se, pela via competente, ao ministro dos negócios estranjeiros que fizesse a citação ao interessado, e concedendo-se uma dilação para a contagem dos prazos, como se a citação se fizesse por carta rogatória. Em face de um caso omisso, as autoridades e tribunais devem supri-lo pelo modo que pareça mais ajustado às circunstâncias, e o meio que apontamos parece corresponder à dupla circunstância de os agentes diplomáticos de Portugal, por um lado, estarem isentos da jurisdição do Estado onde exercem a sua missão, e, por outro lado, estarem sujeitos às justiças portuguesas, como que sendo considerados domiciliados em território português. A citação deve, por isso, ser feita por intermédio de uma autoridade portuguesa, a qual só pode ser o ministro dos negócios estranjeiros.

278 — B) *Oposição ao pedido.* O réu é citado para, querendo, impugnar o pedido e preparar os seus meios de defesa.

Como o autor, o réu deve ter capacidade para ser parte e para estar em juízo, tendo uma e outra forma de capacidade regime análogo ao que deixamos esboçado a respeito do autor. As razões de decidir são as mesmas e, por isso, a capacidade geral de ser parte em juízo será regulada pela lei

(1) *Gazeta,* XIII, pág. 393.

do seu país, com as necessárias modificações da *lex fori,* como lei de ordem pública internacional, a capacidade ou legitimidade para vir a juízo responder por um direito especial deve ser regulada pela lei competente para reger êsse direito, e a capacidade geral ou especial para estar em juízo será regulada pela lei nacional, com os possíveis desvios determinados pelo casamento, pela falência e pelas leis de ordem pública internacional.

A mesma regra de direito que autoriza a chamar a juízo o sujeito de uma obrigação para tornar efectivo o direito a que corresponde essa obrigação, autoriza-o a *defender-se* impugnando o pedido, quer *directamente,* mostrando que o mesmo pedido não tem fundamento jurídico, quer *indirectamente,* deduzindo uma ou mais excepções tendentes a elidir o pedido. Estudaremos, por isso, o regime jurídico internacional da impugnação directa e das excepções.

a) *Impugnação directa.* A contestação ou qualquer outra forma de impugnação directa do pedido deve ser considerada já na sua forma e no prazo da sua admissibilidade, já nos seus fundamentos.

A *forma* e o *prazo* de apresentação são exclusivamente regulados pela *lex fori,* pela razão simples de que se referem à organização da instância e, por isso, estão naturalmente sujeitos à lei que, segundo a doutrina de todas as escolas, regula a *litis ordinatio,* que é a lei do tribunal perante o qual é proposta a acção.

Os *fundamentos de direito* da impugnação do pedido assentam naturalmente na não existência do direito que o autor pretende fazer valer e, por isso, deve regulá-los a lei competente para regular a relação jurídica em questão.

Deve, porém, observar-se que, invocando-se na contestação a ilegitimidade do réu com fundamento da sua incapacidade para estar em juízo, deve semelhante fundamento ser apreciado em face da lei competente para regular a sua capacidade de exercício de direitos.

Quando se diz, pois, que os fundamentos da impugnação são regidos pela lei da relação jurídica, tem-se em vista apenas o que se refere à existência do direito em litígio.

b) *Excepções.* O regime das excepções depende da sua natureza.

Embora sejam sempre meios de elidir indirectamente o pedido, as excepções são ora de *natureza meramente processual,* como são as excepções de incompetência e de lide pendente (Código de processo civil, artigo 3.º, n.os 1.º e 2.º), ora de *direito substantivo*, como acontece com as excepções de nulidade do contrato ou título em que se fundar a acção (artigo cit., n.os 4.º e 5.º), ora de *carácter mixto,* relacionando-se ao mesmo tempo com o processo e com o direito substantivo, como deverá considerar-se a excepção de caso julgado.

As excepções de conteúdo meramente processual, isto é, aquelas pelas quais, como nota Fedozzi, o réu, sem apreciar o mérito do pedido, impugna êste por motivos de processo (1), são regidas exclusivamente pela *lex fori,* como lei reguladora da organização e desenvolvimento da instância.

As excepções de direito substantivo devem ser consideradas sob o ponto de vista da sua *admissibilidade processual,* e quanto à sua *procedência jurídica.*

A admissibilidade processual deve ser regulada pela *lex fori*, a qual determinará, designadamente, em que altura do processo podem ser deduzidas ou declaradas e como deverão ser processadas.

A procedência jurídica tem de ser julgada em harmonia com as regras de direito internacional privado que vigorem no país do tribunal, aplicando-se a lei que, segundo essas regras, for competente para regular a constituïção ou a extinção do direito a que a excepção se refere.

Assim, se se alegar a excepção de nulidade de contrato por vício de forma, tem a excepção de ser apreciada em face da lei do lugar da celebração (Código civil, artigo 24.º; Código comercial, artigo 24.º, n.º 3.º), e, se se alegar a excepção de prescrição, deverá aplicar-se a lei reguladora da relação jurídica que se diz prescrita (2).

A excepção de caso julgado merece algumas considerações especiais.

(1) Ob. cit., pág. 531.
(2) Fedozzi, ob. cit., pág. 531; Fiore, *Diritto internazionale privato,* I, n.º 153.

Para verificar se se dá a condição geral da existência de uma sentença de que já não há recurso (Código civil, artigo 2502.º), importa distinguir entre a hipótese de a sentença haver sido proferida por tribunal português ou por um tribunal estranjeiro.

Se a sentença tiver sido proferida por um tribunal português, não há que hesitar, o trânsito em julgado tem de ser verificado em face da lei portuguesa.

Se, porém, a sentença provier de um tribunal estranjeiro, importa verificar se foi ou não confirmada por alguma das Relações.

Se a sentença tiver sido confirmada, como o trânsito em julgado é uma condição da confirmação (Código de processo civil, artigo 1088.º, § 1.º, n.º 2.º), deve a condição considerar-se preenchida e poderá a sentença servir de fundamento à excepção.

Se a sentença não tiver sido submetida a revisão e confirmação, não poderá a sentença, em harmonia com a doutrina que seguimos (1), servir de base à excepção, a não ser que exista tratado que dispense o *exequatur.*

Quando, porém, exista tratado nesse sentido ou se entenda que as sentenças estranjeiras têm em Portugal *de plano* autoridade de caso julgado, a existência do trânsito em julgado tem de ser verificada em harmonia com a lei do país do tribunal sentenciador (2).

As *condições específicas* de existência do caso julgado — identidade de objecto, identidade do direito ou causa de pedir, e identidade dos litigantes ou da sua qualidade jurídica —, emquanto a sua verificação possa depender da aplicação de uma lei, devem ser apreciadas em face da lei reguladora da relação jurídica que se discute, quanto aos *elementos objectivos* da mesma relação jurídica, isto é, quanto à relação jurídica considerada em si mesma, e pela lei que deva regular a *relação de representação* entre as pessoas que figuraram na acção julgada e as que figuram na acção pendente, quando essas pessoas sejam diferentes, para verificar se à diferença física corresponde ou não diferença jurídica.

(1) L. 1, pág. 649 e seg.
(2) L. 1, n.º 204.

279 — II — *Instrução do processo.* Formulado o pedido, citado o réu e deduzida por êste a sua oposição, segue-se a *instrução* do processo pela *produção das provas* dos factos em que o autor baseia a sua pretensão e em que o réu faz assentar a sua defesa.

Importa, por isso, indicar as regras de direito internacional segundo as quais se há de definir a obrigação de provar — *onus probandi*, o *sistema de provas* a que, em geral, pode recorrer-se, a *prova suficiente* para demonstrar a existência do direito em litígio, a *organização* da prova considerada suficiente, a *produção* dessa prova, e o regime especial de cada uma das provas que possam ser reconhecidas pela *lex fori*.

a) *Onus probandi.* Como o direito interno, o direito internacional privado é dominado pelo princípio geral de direito de que quem alega um facto ou um direito deve prová-lo (Código civil, artigo 2405.º).

Casos há, porém, em que o sujeito de uma *pretensão* tem em seu favor uma *presunção*, não precisando fazer a *prova directa* do seu direito, bastando provar os factos em que assenta a presunção.

Sendo assim, vem naturalmente a questão de saber qual seja a lei reguladora, em geral, da obrigação de provar e, em especial, das presunções.

Quanto à obrigação de provar, a doutrina geral é hoje no sentido de que a competência para atribuir o *onus probandi* pertence à lei que rege a relação jurídica em litígio, e não à *lex fori*, por isso que se trata, não de uma questão de processo, mas de uma questão de direito substantivo. E, em verdade, a lei que regula um direito, determina, naturalmente, as condições em que êle deve ser reconhecido a uma pessoa e, portanto, se o mesmo direito precisa de ser provado ou se, em favor da sua existência, se dá uma legítima presunção (1).

Quanto às presunções, a resolução é lògicamente a mesma. O seu regime depende da lei da relação jurídica, sempre que êsse regime possa subordinar-se a uma lei.

(1) Von Bar, ob. cit., § 399; Weiss, *Traité*, v, pág. 507; Rolin, ob. cit., III, pág. 6; Asser-Rivier, ob. cit., n.º 78; Diena, ob. cit., pág. 373.

A presunção é uma dispensa de prova e, por isso, a lei que, em geral, regula a obrigação de provar é aquela que determina se e em que termos essa obrigação existe ou deixa de existir.

Esta doutrina é evidente a respeito das *presunções legais*, quer sejam *tantum juris*, isto é, quando admitem prova em contrário, quer sejam *juris et de jure*, isto é, quando não admitem essa prova. A lei da relação jurídica regulará a *existência* e o *grau* da presunção.

Quanto às *presunções hominis*, isto é, aquelas que o julgador infere dos factos alegados em juízo como demonstração do direito alegado, é incontestável que a sua *admissibilidade* para prova de um direito depende da lei que regula êsse direito. O *grau* da sua fôrça probatória depende, porém, do prudente arbítrio do julgador, ao qual não pode assinalar-se uma lei reguladora, pois apenas pode obedecer aos seus critérios de justiça e ao seu senso jurídico (1).

b) *Sistema de provas.* Cada legislação estabelece o seu sistema de provas e, embora em muitas os sistemas de provas sejam semelhantes, pode haver e há divergências e, por isso, importa averiguar se perante os tribunais de um país podem ser produzidas provas que a lei dêsse país não admita.

Os internacionalistas seguem dois sistemas. Os mais moderados, como Von Bar (2), Weiss (3), Rolin (4) e Despagnet (5), entendem que, perante os tribunais de um país, podem ser produzidas *provas* que a *lex fori* não admite, a não ser que essas provas sejam imorais ou perigosas, como seria a prova por água e fogo e o duelo judiciário; os mais radicais, como Asser (6), Diena (7) e Valery (8), sustentam a doutrina de que sòmente é admissível a produção de provas reconhecidas pela *lex fori*. Asser funda-se na razão de que as provas apenas podem ser

(1) Vide: Brocher, ob. cit., II, n.º 180; Von Bar, ob. cit., § 399; Weiss, ob. cit., pág. 525; Diena, ob. cit., pág. 378.
(2) Ob. cit., § 395.
(3) *Traité*, v, pág. 509.
(4) Ob. cit., III, n.º 1030.
(5) Ob. cit., n.º 172.
(6) Ob. cit., n.º 80.
(7) Ob. cit., pág. 375.
(8) Ob. cit., n.º 543.

produzidas segundo a forma estabelecida pela *lex fori* e de que, por isso, não havendo processo para a produção de outras além das admitidas por aquela lei, apenas podem ser deduzidas as provas pela mesma lei estabelecidas; Diena parece basear-se no princípio de que o sistema de provas admitidas pela legislação de um país é de ordem pública internacional; e Valery apoia-se claramente neste princípio, pois diz que as regras que indicam as provas que devem basear as decisões dos tribunais «são estabelecidas no interesse superior da justiça, as quais, por isso, não podem ser preteridas em nenhum caso nem por nenhum motivo».

Parece-nos que o rigor jurídico está com o sistema radical, não podendo ser aduzidas provas diferentes das reconhecidas pela *lex fori:* 1.º) porque a produção das provas exige um processo adequado e a *lex fori* não pode evidentemente estabelecer formas de processo para provas que não reconhece; 2.º) porque as provas destinam-se a formar a convicção do juiz, e esta convicção só pode resultar, quanto aos tribunais de cada país, das provas reconhecidas pela lei do mesmo país, já que só em relação a essas provas a *lex fori* pode determinar o grau da sua fôrça probatória.

Importa, porém, observar que, para afastar, como não reconhecida pela *lex fori*, uma prova admitida por uma lei estranjeira, é necessário que as duas leis sejam essencialmente divergentes, e não divirjam apenas na aparência, pois aqui, como sempre, a *lex fori* sòmente pode opor a sua acção inibatória à aplicação das leis estranjeiras, quando haja entre elas uma divergência essencial, e não uma simples divergência de carácter secundário (1).

c) *Prova suficiente para demonstrar a existência de um direito determinado.* Assente que a demonstração dos factos ou direitos alegados em juízo apenas pode ser feita mediante alguma das provas admitidas pela *lex fori*, segue-se investigar se a mesma lei ainda deve ser aplicada para determinar a *prova específica* de um determinado direito, como a prova documental ou a prova testemunhal, ou se a competência para determinar a *suficiência* da prova específica de um direito cabe à lei reguladora da relação jurídica.

(1) L. I, pág. 561 e seg.

Ainda aqui os escritores se dividem.

Em harmonia com um primeiro sistema, já adoptado pelos estatutários alemães (1), ainda predominante na doutrina anglo-americana (2) e com representação em internacionalistas de outros países (3), a suficiência da prova específica de um direito depende sempre da *lex fori*, pela razão de que a prova tem por fim convencer o juíz, e a convicção do juiz deve resultar exclusivamente dos meios prescritos pela lei do seu país. Segundo êste sistema, perante os tribunais portugueses, a prova suficiente para provar, por exemplo, a compra e venda de bens imóveis, seria exclusivamente a prova exigida para êste contrato pela lei portuguesa.

O segundo sistema, já seguido pelos estatutários franceses e italianos (4) e depois abraçado, entre outros, por Von Bar, Laurent, Asser e Rivier, Despagnet, Weiss e Walery (5), distingue entre a *admissibilidade* e a *produção da prova*. A produção da prova sujeita-a ao princípio geral da competência da *lex fori* para reger o processo, mas a admissibilidade da prova submete-a à lei reguladora da relação jurídica.

Êste sistema foi consagrado pelo Instituto de direito internacional, na sessão de Zurich de 1877, nas regras adoptadas acêrca da resolução dos conflitos de leis sôbre a forma de processo, emquanto deliberou que a lei do lugar do processo, entre outros assuntos, deve regular o *modo de produzir as provas* (artigo 2.º) e que a *admissibilidade dos meios de prova* deve ser determinada pela lei do lugar onde se passou o acto ou facto que se tem de provar (artigo 3.º) (6).

E com o mesmo sistema se conformam, em geral, o código civil italiano, cujo artigo 10.º manda regular os meios de prova pela lei do lugar em que se verificou o facto

(1) Vide Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 384.
(2) Vide: Westlake, ob. cit., § 348; Dicey, ob. cit., pág. 708 e 712; Wharton, ob. cit., §§ 752 e 759; Wheaton, ob. cit., I, pág. 11.
(3) Vide Weiss, *Traité*, V, pág. 509, nota 3.
(4) Anzilotti, ob. cit., pág. cit.
(5) Von Var, ob. cit., § 391; Laurent, ob. cit., VIII, pág. 45 e seg.; Asser e Rivier, ob. cit., n.º 79; Despagnet, ob. cit., n.º 172; Weiss, *Traité*, V, pág. 509 e seg.; Pillet, *Principes*, n.ºs 268 e 269; Diena, ob. cit., pág. 374; Valery, ob. cit., n.ºs 542 e 543.
(6) *Annuaire*, II, pág. 150.

que deve provar-se, o tratado de Montevideo sôbre processo civil, cujo artigo 2.º determina que as provas devem ser admitidas e apreciadas segundo a lei a que estiver sujeita a relação jurídica em litígio, e o código civil brasileiro, cujo artigo 12.º diz que «os meios de prova regular-se hão conforme a lei do lugar onde se passou o acto, ou facto, que se tem de provar».

Em nosso entender, é o segundo sistema que traduz a verdadeira doutrina: 1.º) porque a prova de um direito deve ser certa e determinada desde a constituïção do mesmo direito e, por isso, não pode ficar dependente, como notam Asser e Rivier, do lugar mais ou menos fortuito do lugar onde a acção venha a intentar-se (1); 2.º) porque a prova de um direito anda, em regra, intimamente ligada com a forma do acto de constituïção do mesmo direito, e é evidente que a forma dos actos não poderia determinar-se pela lei, ainda desconhecida, do juízo onde o acto poderá ser apreciado.

E semelhante doutrina é a única exacta em face do direito português, o qual estabeleceu a teoria legal das provas no Código civil, e não no Código de processo civil, sinal de que a suficiência da prova é uma questão de direito substantivo, a regular, portanto, pela lei que reja os direitos privados, sendo matéria de processo apenas o modo da sua produção em juízo, única matéria que foi *ex professo* regulada pelo Código de processo civil (artigo 200.º e seg.).

Devemos ainda notar que não pode estabelecer-se o princípio absoluto adoptado pelo Instituto de direito internacional de que o regime da prova depende da lei do lugar onde se verifica o acto ou facto que se pretende provar (2).

É necessário analisar a natureza dos mesmos actos ou factos, para se poderem formular regras que correspondam à realidade jurídica.

Quando se trata de *actos jurídicos* pròpriamente ditos, o regime da prova identifica-se evidentemente com o regime da forma, a mesma lei regerá, pois, uma e outra categoria jurídica e, por isso, para os sistemas jurídicos que admitem

(1) Ob. cit., n.º 79.
(2) *Annuaire*, II, pág. 150.

o princípio *locus regit actum*, a lei da prova será a lei do lugar da celebração.

Todavia, mesmo para os actos jurídicos, a lei do lugar da celebração deixará de ser a lei da prova, sempre que a *lex fori* estabeleça restrições ao princípio *locus regit actum*. E assim será que os tribunais japoneses não considerarão suficiente a prova reconhecida pela lei do lugar da celebração quanto aos actos relativos a direitos reais, se prova diferente for estabelecida pela *lex rei sitæ*, que é a única lei competente, segundo o direito japonês, para reger a forma daqueles actos (1).

Quando se trata, porém, de *simples factos jurídicos*, isto é, de simples factos voluntários ou extravoluntários de que a lei faz derivar conseqüências jurídicas, como são os factos ilícitos e a filiação, a prova identifica-se com o fundo do direito e, por isso, está sujeita à mesma lei que o direito que se pretende provar. Assim, os *meios* de provar a filiação legítima ou ilegítima serão naturalmente os estabelecidos pela lei que for competente para reger uma e outra forma de filiação. Se, por exemplo, a lei pessoal competente para reger a perfilhação voluntária exigir que esta se faça no *registo do nascimento* ou em *testamento*, o meio de prova será a certidão do registo ou o testamento, embora a *forma* do registo ou do testamento seja, no mesmo sistema, a lei do lugar onde um e outro se realizarem.

Parece-nos, por isso, que a doutrina rigorosa está em dizer que a prova específica de um direito determinado é regulada pela lei competente para reger a respectiva relação jurídica.

Se esta relação se constituir por acto jurídico, e a *lex fori* admitir o princípio *locus regit actum*, a lei da prova será a lei do lugar da celebração.

Se a relação jurídica resultar de um simples facto voluntário, ou extravoluntário, o meio de prova será determinado pela lei que rege em geral a relação jurídica, podendo embora a *forma* do meio de prova ser regulada pela *lex loci*, como acontece com a forma do meio de provar a filiação legítima ou ilegítima (2).

(1) L. 1, n.º 114.
(2) Vide Pillet, *Principes*, n.ºs 270 e 271; Diena, ob. cit., pág. 375.

d) *Organização e produção das provas.* As provas formam duas categorias, segundo o momento em que são organizadas, sendo ou *provas preconstituídas*, se foram organizadas antes da propositura da acção e acompanharam a constituïção do direito, o que se dá com a prova documental, ou provas *organizadas perante o tribunal*.

A organização da prova preconstituída, isto é, da prova documental, é regulada pela mesma lei que deve reger a validade formal do documento, a qual é, no nosso sistema, determinada pelo princípio *locus regit actum*, sendo, portanto, a lei do lugar da celebração.

O regime de organização das provas constituídas perante o tribunal deve ser determinado pela *lex fori*. Assim, a organização da prova testemunhal ou por exames e vistorias depende naturalmente daquela lei, sendo da sua competência indicar, por exemplo, o número de testemunhas que podem depor sôbre cada facto, e o número de peritos que devem proceder a um exame ou a uma vistoria. Trata-se evidentemente de elementos de convicção do juiz relacionados com o modo de ser psicológico, moral e profissional do meio onde a acção pende e, por isso, é naturalmente competente para os reger a *lex fori*.

A *produção da prova*, no que se compreende, de modo geral, o *momento* e o *modo* da sua apresentação, é igualmente, segundo o pensar de todos, regulada pela *lex fori*. Entra, sem a mínima dúvida, na *litis ordinatio*, cabendo regê-la à lei que, em geral, preside ao desenvolvimento do processo (1).

280—e) Segundo as considerações que ficam feitas, a doutrina que consideramos exacta é esta: perante os tribunais de qualquer país apenas podem ser produzidas as provas admitidas pela lei dêsse país; entre essas provas, é admissível e suficiente, em cada caso, a prova assim considerada pela lei que reger a relação jurídica em litígio, lei que, em todo o caso, deve ser determinada segundo as regras de direito

(1) Asser-Rivier, ob. cit., n.º 80; Rolin, ob. cit., n.º 1010; Diena, ob. cit., pág. 374; Valery, ob. cit., pág. 755; Anzilotti, ob. cit., pág. 386.

internacional privado estabelecidas pela *lex fori*, em harmonia com a doutrina que sempre temos defendido (1).

Sendo assim, em Portugal apenas poderá ser produzida alguma das provas de confissão, vistoria e exames, documentos, caso julgado, testemunhas, juramento, e presunções, que são as provas reconhecidas pela nossa lei (Código civil, artigo 2407.º e seguintes).

Como, porém, cada uma destas provas tem no seu regime alguma coisa de especial, diremos algumas palavras a respeito de cada qual.

Não seguiremos, todavia, a ordem legal das provas. Começaremos pela prova documental, por virtude da sua importância e do seu carácter de prova preconstituída, estudaremos depois a prova testemunhal, dado o seu emprêgo freqüente, tratando a seguir das demais provas em harmonia com a ordem legal.

1.º) *Prova documental.* A prova documental é a que resulta de documento escrito (Código civil, artigo 2420.º), o qual pode ser autêntico ou particular (Código citado, artigo 2421.º).

O regime jurídico internacional desta prova consiste em determinar: α) a lei reguladora da exigência de documento autêntico ou particular; β) a lei reguladora da qualificação do documento como autêntico ou particular; γ) o valor dos documentos exarados em país estranjeiro; δ) a lei reguladora da fôrça probatória dos documentos; ε) o regime da nulidade e falsidade dos documentos; ς) e o valor probatório dos livros dos comerciantes.

α) Em matéria de provas, o princípio do direito moderno é que os actos jurídicos são, em regra, independentes da observância de determinadas formalidades, podendo provar-se por qualquer meio de prova, a não ser que a lei exija, para a prova de determinado acto ou facto jurídico, formalidades especiais (Código civil, artigo 686.º). Sendo assim, a exigência da prova documental é uma *excepção* estabelecida pela lei, tornando-se necessário determinar a lei reguladora da exigência de documento para a prova de um direito.

Já foi dito que a suficiência da prova é regulada pela lei

(1) L. I, n.ºs 20 e 153 e seg.

competente para reger a relação jurídica que se pretende provar.

Se a lei reguladora de uma relação jurídica fosse uma e a mesma para todos os seus elementos, aquele princípio seria por si suficiente para determinar se era preciso ou não um documento e qual a espécie de documento exigido.

Contudo, para reger uma relação jurídica podem ser aplicadas diferentes leis, podendo, designadamente, ser aplicada uma lei à *validade intrínseca* e outra lei à *validade formal*.

Ora, como a exigência ou não exigência de documento se refere à validade formal do acto por que se constitui a relação jurídica, segue-se que aquela exigência ou não exigência se determina pela lei da forma e, no sistema português, segundo o princípio *locus regit actum*. Portanto, um direito discutido perante um tribunal português deverá provar-se por um documento autêntico ou particular, se uma ou outra espécie de documento for exigida pela lei do lugar da prática do acto por que êsse direito se constituiu. E, como já notamos noutro lugar, esta doutrina apenas tem os limites estabelecidos pela lei portuguesa, limites que também indicámos (1).

β) Sendo à lei do lugar da celebração do acto jurídico que cabe dizer se o acto tem de ser realizado por documento autêntico ou particular, é também em harmonia com essa lei que tem de verificar-se se o documento exarado deve ser *qualificado* como autêntico ou particular. A razão é simples. Em tal caso, a qualificação é puramente um meio de determinar a suficiência da prova, e a suficiência da prova determina-a a lei do lugar em que é exarado o documento.

γ) Os documentos valem pela *fé* que merece o oficial público que os exarar, quando autênticos, e pela *veracidade* que pode atribuir-se às declarações que contêm e às assinaturas que os subscrevem, quando particulares.

Sendo assim, não pode contestar-se à lei do país onde são produzidos como prova quaisquer documentos exarados em país estranjeiro competência para determinar as

(1) Supra, pág. 101.

condições em que os documentos autênticos merecem fé e em que aos documentos particulares pode atribuir-se veracidade.

Quanto aos documentos autênticos, é a nossa lei inteiramente explícita, pois exige que sejam legalizados, consistindo a legalização no reconhecimento, por um cônsul português, da assinatura de autoridades territoriais, de notários ou de cônsules estranjeiros, e no reconhecimento da assinatura do cônsul no ministério dos negócios estranjeiros, ou pelo respectivo secretário geral do govêrno das províncias ultramarinas, nos casos em que a êsses secretários é para isso reconhecida competência (Código de processo civil, artigo 213.º; Regulamento consular, artigo 238.º) (1).

Quanto aos documentos particulares reconhecidos por oficiais públicos estranjeiros, a doutrina é a mesma.

O Código de processo civil (artigo 213.º) não se refere senão aos *documentos expedidos por autoridades estranjeiras* e, portanto, a documentos autênticos, mas o art. 292.º § 2.º, do regulamento consular, ao regular um dos casos de *reconhecimento consular simples*, fala do reconhecimento ou legalização de assinaturas de documentos oficiais expedidos por autoridades estranjeiras, de notários ou de cônsules estranjeiros, mostrando a generalidade da fórmula *assinaturas de notários ou de cônsules estranjeiros* que o regulamento quis abranger os documentos particulares reconhecidos por oficiais públicos estranjeiros. Êste reconhecimento apenas terá valor em Portugal quando for legalizado nos termos em que o devem ser os documentos autênticos exarados por oficiais estranjeiros.

Dos *documentos particulares sem reconhecimento* exarados em país estranjeiro, nada dizem as nossas leis. Contudo, porque estas reconhecem o princípio *locus regit actum*, tem de admitir-se que êles têm a fôrça probatória que lhes atribuir a lei do lugar onde forem exarados e que a forma e o efeito do seu reconhecimento *voluntário* ou *judicial* (Código civil, artigo 2432.º e 2433.º) devem ser regulados pela lei do lugar em que o reconhecimento se verificar e,

(1) Supra, n.º 249.

portanto, pela lei portuguesa, se o reconhecimento se der em Portugal (1).

E ainda uma observação importa fazer acêrca da *data* dos documentos particulares. Diz o artigo 2436.º do Código civil que estes documentos se considerarão *datados em relação a terceiros* do dia em que se verificar algum dos factos — reconhecimento autêntico do escrito, morte de algum dos signatários e apresentação do documento em juízo ou em alguma repartição pública. Esta disposição, tendendo a garantir o interesse de terceiros e, portanto, o interesse geral, deve considerar-se de ordem pública internacional e, como tal, aplicável a todos os documentos exarados em Portugal ou no estranjeiro (2).

b) A *fôrça* probatória dos documentos, perante as legislações que, como a nossa, admitem a princípio *locus regit actum*, é determinada pela lei do lugar onde o documento for exarado.

Desta doutrina desvia-se, porém, o artigo 2430.º do nosso Código civil, quando dispõe que os documentos autênticos exarados em país estranjeiro, na conformidade da lei dêsse país, farão prova em Portugal, como o fariam documentos da mesma natureza, exarados neste país, porquanto se infere de tal disposição que a fôrça probatória dos mesmos documentos é determinada pela lei portuguesa. E êste desvio é de importância, pois, como os documentos autênticos produzem, em geral, prova plena (Código civil, artigos 2425.º e 2426.º), o documento autêntico exarado em país estranjeiro fará prova plena perante os tribunais portugueses, ainda que não tivesse tal valor segundo a lei do lugar da celebração.

c) Os documentos autênticos podem ser *nulos* e os particulares podem ser *insuficientes*, por falta de formalidades (Código civil, artigos 2493.º e 2495.º), e uns e outros podem ser *falsos*, quer por se verificar a *suposição* de um facto ou de uma pessoa, quer por se *viciar* a data, o contexto ou as assinaturas (Código citado, artigo 2496.º).

A nulidade e a insuficiência dos documentos por falta de

(1) Rolin, ob. cit., n.º 1014; Weiss, ob. cit., pág. 513; Asser-Rivier, ob. cit., n.º 83; Surville e Arthuys, ob. cit., n.º 420.
(2) Rolin, ob. cit., n.º 1016.

formalidades determina-se pela lei do lugar da celebração. É a aplicação lógica do princípio *locus regit actum*.

A falsidade é um acto imoral, e até criminoso (Código penal, artigo 215.º) e, por isso, está sujeita à lei do lugar onde se pedir a declaração da falsidade ou se levantar o respectivo incidente, como lei de ordem pública internacional (1).

c) No estudo da prova documental, merecem especial referência os *livros de escrituração comercial* (Código comercial, artigo 44.º).

Podem encontrar-se em concorrência três leis diferentes, quanto à determinação do valor dêstes livros como meio de prova: a lei do lugar do contrato escriturado nos mesmos livros; a lei do lugar onde os livros são escriturados, se a escrituração se fizer num país diferente do do contrato; e a *lex fori*, se a acção for proposta num terceiro país.

A qual destas leis atribuir, pois, competência?

Há dois pontos fora de discussão. São os que se referem à *forma de escrituração* dos livros e ao *processo* de produção da prova. Quanto ao primeiro, é evidente que tem de reconhecer-se a competência da lei do lugar em que os livros são escriturados; e, quanto ao segundo, também é evidente que a competência pertence à *lex fori*.

Há, porém, grandes divergências a respeito de dois outros pontos: a *admissibilidade* de tal meio de prova e a sua *fôrça probatória*.

Encontram-se na doutrina três *sistemas simplistas* e dois *sistemas de combinação*.

Os sistemas simplistas caracterizam-se pela atribuïção de competência a uma lei única para regular a admissibilidade e a fôrça probatória, e são: *primeiro* — competência da *lex fori* (2); *segundo* — competência da lei do lugar onde os livros são escriturados (3); *terceiro* — competência da lei do lugar do contrato (4).

Os sistemas de combinação, que consistem em admitir a

(1) Rolin, ob. cit., III, n.º 1014; Valery, ob. cit., n.º 544.
(2) Seguido, entre outros, por Mittermaier e Shäffner (citados por Von Bar, § 398) e por Wharton (ob. cit., § 766).
(3) Seguido, designadamente, por Fœlix, ob. cit., I, pág. 238, e Laurent, ob. cit., VIII, pág. 65 e seg.
(4) Seguido, por exemplo, por Asser-Rivier, ob. cit., n.º 94; Despagnet e de Boeck, ob. cit., n.º 172; e Rolin, ob. cit., III, n.ºs 1018 e 1019.

repartição da competência entre duas leis, são: *primeiro* — sistema de Von Bar (1), que atribui a competência, em princípio, à *lex fori*, mas acrescenta que, na hipótese de a lei do lugar do contrato reconhecer maior fôrça probatória aos livros dos comerciantes, deve, nesse ponto, ser atendida pelo tribunal; *segundo* — o sistema de Lyon Caen e Renault (2) e de Weiss (3), que atribui competência à lei do lugar do contrato para regular a admissibilidade da prova, e à lei do lugar em que os livros são escriturados, para regular a fôrça probatória dos mesmos livros.

Qual será o melhor sistema?

A competência da *lex fori* deve pôr-se de parte sem hesitações. Militam contra ela as razões que acima apresentámos para a repelir como sistema de determinação da lei reguladora da admissibilidade da prova.

A competência da lei do lugar do contrato parece-nos indiscutível quanto à determinação da admissibilidade da prova, pois é a lei do lugar da celebração de um contrato que deve determinar a prova suficiente para o demonstrar.

Mas a fôrça probatória? Parece-nos contra as exigências da lógica jurídica que a lei de um país determine a fôrça probatória de documentos organizados noutro país e, por isso, consideramos também indiscutível que o grau de fôrça probatória dos livros de comércio deve ser determinado pela lei do lugar onde êles são escriturados. Decidimo-nos assim pelo sistema de Lyon Caen e Renault e de Weiss.

2.°) *Prova testemunhal.* A prova testemunhal, que é certamente a prova mais comum nos tribunais, deve ser considerada sob o ponto de vista da sua admissibilidade, da sua produção e da sua organização.

Quanto à sua admissibilidade, não há que discutir. Regula a lei competente para reger a relação jurídica de que se trata. É a doutrina que se impõe em face do que dissemos acêrca da admissibilidade das provas em geral e acêrca do valor do princípio *locus regit actum*. Se a lei do lugar da celebração permitir que certo acto seja meramente consensual e possa, portanto, provar-se por testemunhas, a prova testemunhal é

(1) Ob. cit., § 398.
(2) *Traité de droit commercial*, III, n.° 88.
(3) *Traité*, V, pág. 514.

suficiente, embora a *lex fori* exija que o acto seja provado por documento. As leis de forma são de ordem pública interna, e não de ordem pública internacional, sendo isso que explica o preceito do nosso direito que manda regular pela lei do lugar da celebração a forma externa dos actos (Código civil, artigo 24.°).

Quanto à produção da prova, também não há que hesitar. Rege a *lex fori*. Esta lei determinará o momento em que pode ou deve ser apresentado o rol de testemunhas, o modo, lugar e por quem estas devem ser inquiridas (1), e se os depoimentos devem ser escritos.

(1) O *lugar* e o *modo* da inquirição das testemunhas respeitam à produção prova testemunhal e, por isso, são, como se diz no texto, determinados, em geral, pela *lex fori*, seja qual for a nacionalidade e a qualidade das pessoas inquiridas. Em Portugal, os estranjeiros que sirvam de testemunhas, serão, pois, inquiridos nos termos gerais estabelecidos pela nossa lei de processo.

O artigo 266.° do Código de processo civil estabelece, porém, a seguinte disposição: «Serão inquiridas nas suas residências as pessoas seguintes: 4.° Os embaixadores, os enviados e encarregados de negócios, e quaisquer representantes de potências estranjeiras, observando-se o que estiver estipulado nos tratados, e na falta de tratados o princípio da reciprocidade».

É uma disposição similar à que se lê no artigo 184.°, e cujo alcance vamos determinar, considerando separadamente os agentes diplomáticos e os cônsules.

a) *Agentes diplomáticos.* Em face do artigo 266.° do Código de processo civil, acima transcrito, os agentes diplomáticos devem ser inquiridos na sua residência, observando-se o que estiver estipulado em tratados e convenções e, na falta de tratado, o princípio da reciprocidade.

Do nosso conhecimento, não existe tratado algum sôbre o assunto e, por isso, importa verificar como o artigo deverá ser aplicado.

Uma coisa é certa. A poder ter lugar, o depoimento deve ser prestado na residência dos agentes diplomáticos.

Poderão êstes, porém, ser obrigados a depor como testemunhas?

É doutrina corrente que não podem, considerando-se a isenção de depor como testemunha como manifestação ou consequência da isenção de jurisdição, tendo assim a isenção de ser testemunha o seu fundamento no mesmo costume internacional em que assenta a isenção de jurisdição.

Os agentes diplomáticos podem, pois, recusar-se a depor como testemunhas.

Isso não obsta, porém, como nota Rivier (ob. cit., I, 487), a que, num dado caso, se o seu Govêrno entender que nenhum inconveniente pode resultar do seu depoimento, lhes permita que deponham oralmente ou que escrevam ao magistrado uma carta particular, autorizando-o a fazer uso dela.

É êste o costume internacional, com o qual o preceito da nossa lei é perfeitamente compatível e em harmonia com o qual deve ser entendido. Em verdade, desde que existe uma regra de direito internacional que isenta os agentes diplomáticos de serem testemunhas em juízo, deve entender-se que a nossa lei, ao regular o modo de fazer a inquirição, apenas teve em vista os casos em que a inquirição pode ter lugar (Vide: Von Bar, ob. cit., § 516; Pradier, ob. cit., III, n.° 1464).

b) *Cônsules.* Relativamante aos cônsules, prevêm, em regra, as convenções consulares a hipótese da sua inquirição como testemunhas.

E o mesmo deve dizer-se quanto à organização da prova, pelo que respeita ao número de testemunhas que podem ser apresentadas e quanto ao número que pode depor sôbre cada facto.

Mas no que respeita à *inabilidade* das testemunhas, à sua *impugnação*, às *contraditas* e às *escusas?*

Assim o fazem: a convenção com a França (11-VII-1866), cujo artigo 2.º, alínea 6.ª, dispõe: «Os cônsules gerais, cônsules, vice-cônsules ou agentes consulares, não poderão ser obrigados a comparecer como testemunhas perante os tribunais. Quando a justiça do país precisar de receber deles alguma declaração judicial, deverá transportar-se ao seu domicílio para a receber de viva voz, ou delegar para êsse fim um funcionário competente, ou pedir-lha por escrito»; a convenção com a Itália (30-IX-1868), cujo artigo 3.º reproduz o preceito da convenção com a França; a convenção com a Espanha (21-II-1870), cujo artigo 10.º dispõe: «Os cônsules gerais, cônsules e vice-cônsules não serão obrigados a comparecer como testemunhas perante os tribunais do país onde residirem. Mas não poderão recusar as suas declarações à autoridade judicial que for ao seu domicílio para as receber de viva voz, ou que lhas pedir por escrito, ou que delegue para êsse fim um funcionário competente em Portugal, ou um notário público em Espanha. Em qualquer dêstes casos terão obrigação de satisfazer o desejo da autoridade no prazo, dia e hora que esta lhes indicar, sem opor dilações inúteis; a convenção com a Bélgica (10-XI-1880), cujo artigo 4.º determina: «Quando a justiça de um dos dois países tiver que receber alguma declaração jurídica, ou algum depoimento, de um cônsul geral, de um cônsul, de um vice-cônsul ou de um agente consular, cidadão do Estado que o nomeou, e que não exerça comércio algum, convidá-lo há por escrito a apresentar-se perante ela e, no caso de impedimento, deverá pedir-lhe o seu depoimento por escrito ou dirigir-se à sua residência, ou chancelaria para o obter de viva voz. O dito agente deverá satisfazer êste pedido no prazo de tempo mais curto que for possível»; a convenção com a Holanda (1-XII-1880), cujo artigo 4.º reproduz fundamentalmente o preceito da convenção com a Bélgica; a convenção com a República Dominicana (1-V-1883), cujo artigo 6.º, obrigando os cônsules a comparecer em juízo, como testemunhas, nas causas crimes, quando o seu depoimento for julgado indispensável, diz, quanto às outras causas: «Em qualquer outro caso, a justiça local irá ao seu domicílio receber a sua declaração verbal ou por escrito, conforme for pedido, segundo as formalidades particulares de cada um dos Estados»; e a convenção com a Suíça (27-VIII-1883), cujo artigo 4.º dispõe: «Os funcionários consulares, que não são súbditos do país em que residem, não poderão ser intimados a comparecer como testemunhas perante os tribunais. Quando a justiça local tiver necessidade de colher junto deles alguma declaração jurídica, deverá transportar-se ao seu domicílio, para a receber de viva voz, ou delegar para êsse fim um funcionário competente, ou pedir-lhe a declaração por escrito».

Todas estas convenções supõem ou estabelecem a obrigação, por parte dos cônsules, de deporem como testemunhas. E é êsse o princípio a estabelecer. Os cônsules não estão isentos de ser inquiridos como testemunhas.

Estão, porém, isentos de comparecer perante o tribunal, tendo o direito de ser inquiridos em sua casa. É a regra do artigo 266.º do Código de processo civil e é o teor geral das convenções.

Parecem, porém, afastar-se dessa regra as convenções com a Bélgica e com a Holanda, que conferem à justiça local o direito de *convidar* os cônsules a deporem perante ela.

Isso não passa, porém, de um *direito de convite*, que pode ser inutilizado com a alegação de qualquer *impedimento*. Afinal, o preceito das duas convenções tem, por isso, o mesmo valor que os das demais.

Além disso, como o artigo 266.º manda inquirir os representantes das nações estranjeiras e, portanto, os cônsules nas suas residências, deve considerar-se isso uma garantia comum a todos os cônsules, devendo invocar-se os tratados apenas para lhes reconhecer mais garantias ou para regular o modo de receber os depoimentos.

E a lei deve ser assim entendida, mesmo para evitar que os cônsules de países com os quais não há convenção ficassem em melhor situação do que aqueles com cujo Estado convenção existe, visto a garantia do artigo 266.º ser para *todos* (Vide Pradier, ob. cit., IV, n.º 2117).

(1) Vide: Von Bar, ob. cit., § 397; Asser-Rivier, ob. cit., n.º 82; Rolin, ob. cit., n.º 1034; Despagnet e de Boeck, ob., n.º 172; Surville e Arthuys, ob. cit., n.º 421.

(2) Weiss, ob. cit., pág. 521.

Sôbre estes pontos há divergências entre os autores (1). Por nossa parte, entendemos que a verdadeira doutrina é a formulada por Von Bar e Despagnet, segundo os quais são de interesse geral e, por isso, de ordem pública as leis que regulam as condições de idoneidade das testemunhas para depor em juízo, a faculdade de as recusar e de as contraditar, bem como a faculdade de elas se escusarem, devendo atribuir-se competência à *lex fori* para regular todos êsses assuntos. Em verdade, regulando os mesmos assuntos, o legislador tem decididamente em vista os superiores interesses da administração da justiça, não podendo, por isso, sacrificar-se nesse ponto a *lex fori* a qualquer lei estranjeira.

E o mesmo deve dizer-se acêrca do valor atribuído ao depoimento das testemunhas. O preceito do artigo 2514.º do nosso Código civil, quando dispõe que «a fôrça probatória dos depoimentos será avaliada tanto pelo conhecimento que as testemunhas mostrarem ter dos factos, como pela fé que merecerem por seu estado, vida e costumes, ou pelo interesse que possam ter no pleito, ou finalmente pelo seu parentesco ou relações com as partes», é claramente de interesse público, pois tem por fim garantir a seriedade que deve observar-se na administração da justiça, pelo que se impõe a sua aplicação, seja qual for a lei que reja a relação jurídica em litígio (2).

3.º) *Exames e vistorias.* A prova por exame ou vistoria pode considerar-se uma *prova testemunhal qualificada*, devendo, por isso, aplicar-se-lhe, sem hesitações, os princípios que ficam estabelecidos para a prova testemunhal, quanto à sua produção, quanto à sua organização e quanto à apreciação do seu valor probatório.

Mas deverá dizer-se o mesmo quanto à sua admissibilidade? Isto é, ainda será necessário que seja reconhecida pela lei da relação jurídica, ou bastará que a admita a *lex fori?* Entendemos que é suficiente a sua admissão pela *lex fori*. A razão é simples. Trata-se apenas de verificar um facto presente ou os vestígios existentes de um facto passado, no interesse da recta administração da justiça, e, por isso, deve prevalecer a lei do tribunal perante o qual corre a acção.

E os peritos podem ser nacionais ou estranjeiros, como nacionais ou estranjeiros podem ser as testemunhas, pois se não trata do exercício de uma função pública, mas apenas de um depoimento perante a justiça, nada se opondo a que os estranjeiros o possam fazer (1).

Esta doutrina é incontestável em face do nosso direito, o qual, excluindo os estranjeiros de ser testemunhas instrumentárias (Código civil, artigo 1966.° e 2492.°), já os não exclui de serem testemunhas em juízo (Código citado, artigo 2510.° e 2511.°), o que significa que as admite, conclusão extensiva aos peritos, dada a similaridade da sua função.

4.°) *Confissão.* A confissão é o reconhecimento que uma parte faz do direito da parte contrária, ou da verdade do facto alegado (Código citado, artigo 2408.°).

Segundo o lugar em que é feita, pode a confissão ser judicial ou extrajudicial (Código citado, artigos 2409.°, 2410.° e 2414.°).

Mas, judicial ou extrajudicial, é um acto de vontade, que tem o seu regime jurídico internacional como qualquer outro acto jurídico.

Neste lugar, ocupar-nos hemos da confissão apenas como prova, procurando determinar a lei reguladora da sua admissibilidade e da sua fôrça probatória.

Os escritores oscilam entre três leis: a *lex fori*, por a confissão representar um meio posto à disposição do juiz para a investigação da verdade (2); a *lei da relação jurídica*, pela razão geral de que a prova de um direito se relaciona com a existência do mesmo direito, considerando-se, em regra, competente a lei do lugar onde se produziu o facto reconhecido pela confissão (1); a *lei do lugar da confissão*, por a confissão representar, por si, um acto jurídico, relacionado naturalmente com o lugar onde é realizado (2).

(1) Vide Valery, ob. cit., n.° 549.
(2) Valery, ob. cit., n.° 549.

Qual a verdadeira doutrina?

Não poderá discutir-se que o modo de provocar e receber a confissão judicial e o modo de produzir em juízo a confissão extrajudicial são exclusivamente regulados pela *lex fori*, como actos de processo.

Também nos parece certo que a admissibilidade da confissão como prova depende da lei que regula o direito em litígio, pela razão, muitas vezes dita, de que a prova é matéria de direito substantivo, e não matéria de processo. E a lei competente para regular a admissibilidade da confissão como prova regulará igualmente a sua fôrça probatória.

Tratando-se, porém, da confissão extrajudicial feita por escrito, a forma do escrito está naturalmente sujeita ao princípio *locus regit actum*, sendo pela lei do lugar da celebração que deverá determinar-se a *forma* do acto e a fé que êle merece.

5.°) *Juramento.* O juramento pode ser considerado como *meio de prova* (Código civil, artigo 2520.°) ou como *exigência preliminar* de um depoimento (de parte ou de testemunha — Código de processo civil, artigos 220.° e 271.°, § 1.°) ou de um parecer (de perito, Código citado, artigo 236.°).

Quando meio de prova, importa considerar a sua admissibilidade, a sua fôrça probatória e a forma da sua prestação.

Com respeito à sua admissibilidade e fôrça probatória, seguem os escritores dois sistemas: competência da lei da relação jurídica (3); competência da *lex fori* (4).

Em face da doutrina que temos sustentado e pelas razões que aduzimos a propósito da confissão, decidimo-nos pelo

(1) Vide: Weiss, ob. cit., pág. 525; Vincent et Pénaud, *Dic.* citado, v.° *Preuve*.
(2) Brocher, ob. cit., II, pág. 136 e seg.
(3) Surville e Arthuys, ob. cit., 422; Weiss, ob. cit., pág. 523.
(4) Brocher, ob. cit., n.° 180; Rolin, ob. cit., n.° 1051; Valery, ob. cit., n.° 549.

primeiro sistema, pois que a suficiência da prova é matéria de direito substantivo e não matéria de processo.

Quanto à forma de prestação do juramento, a doutrina é quási unânime no sentido de que deve regulá-la a *lex fori*, sendo essa a doutrina que consideramos exacta, pela razão de que a *garantia da veracidade* das declarações feitas em juízo varia naturalmente de país para país, sendo, por isso, a lei do tribunal que deve estabelecê-la.

Desta doutrina deriva a importante conclusão de que o juramento será *religioso* ou *civil*, segundo o que estabelecer a *lex fori*. Em Portugal, portanto, o juramento terá que revestir sempre a forma civil, por fôrça do decreto de 18 de outubro de 1910, o qual substituiu o juramento religioso pela *declaração sob palavra de honra* (artigos 1.°, 3.°, 4.° e 8.°).

E o que se diz da forma de prestação do juramento como prova, deve dizer-se da sua prestação como preliminar de qualquer declaração feita em juízo.

6.°) *Presunções e caso julgado*. Sôbre a admissibilidade e fôrça probatória das *presunções*, nada temos que acrescentar ao que deixamos dito sôbre a obrigação de provar os factos ou direitos alegados em juízo (1).

Sôbre o *caso julgado*, já noutro lugar dissemos como deve verificar-se se existe, com efeito, uma sentença transitada em julgado e segundo que lei se deve determinar se se verificam as condições específicas do trânsito em julgado (2).

Por agora, procuraremos apenas apreciar uma questão especial que consiste em saber de que lei depende a legitimidade da excepção de caso julgado.

A *lex fori* e a lei estranjeira reguladora da relação jurídica em litígio podem divergir acêrca das condições específicas da existência do caso julgado, podendo dar-se três hipóteses: *primeira*—ser a *lex fori* menos exigente que a lei estranjeira; *segunda*—serem as duas leis igualmente exigentes; *terceira*—ser a *lex fori* mais exigente.

A segunda hipótese não tem que discutir.

A primeira dá, porém, lugar a uma questão delicada, que é esta: logo que se verifiquem os requisitos do caso

(1) Supra, n.° 279 *a*).
(2) Supra, n.° 278.

julgado segundo a *lex fori*, deverá êle considerar-se existente, apesar de a lei estranjeira ser mais exigente? Isto é, deverá, nesse ponto, a *lex fori* considerar-se como lei de ordem pública internacional?

Rolin responde afirmativamente (1), pela razão, que consideramos decisiva, de que são de ordem pública os motivos sôbre que assenta a presunção de verdade jurídica atribuida ao caso julgado.

Mas, se a lei da relação jurídica for menos exigente que a *lex fori*, de modo que exista caso julgado segundo a lei estranjeira reguladora da relação jurídica, mas ainda não exista segundo a *lex fori*, ainda poderá opor-se a excepção de caso julgado a uma pretensão fundada sôbre a mesma lei estranjeira?

Também a esta questão Rolin responde afirmativamente, dizendo que não é de ordem pública que o tribunal julgue a questão mesmo quando, segundo a lei do contrato, há a certeza de que a acção não tem fundamento (2).

Também assim pensamos. Em princípio, a existência de um direito depende da lei competente para o regular. Se, pois, segundo esta lei, o direito deixou de ser exigível por haver caso julgado declarando a sua não existência, não poderá o tribunal estranjeiro fazer ressuscitar um direito declarado extinto pela lei competente para o regular. É uma solução de rigorosa lógica jurídica.

281—III—*Discussão da causa*. O regime jurídico internacional da discussão da causa não levanta questões que mereçam desenvolvimento.

Considerada na sua *forma*—oral ou escrita—, a discussão é regulada pela *lex fori*. Trata-se visívelmente de formalidades de processo.

Considerada nos seus *fundamentos*, tem que ser *orientada* em harmonia com a lei considerada competente para regular a relação jurídica em litígio, procurando-se demonstrar qual seja essa lei e pondo em relêvo, dentro da mesma lei, a solução que o tribunal deve seguir. Tudo isto é porém,

(1) Ob. cit., III, pág. 1040.
(2) Ob. cit., lugar citado.

ou um *problema derivado*, emquanto se procure provar qual seja a lei competente, ou um simples problema de *arte jurídica*, dependente da perícia do advogado.

282—IV—*Julgamento*. O julgamento das questões que interessam ao direito internacional privado deve ser considerado na *forma* que deve revestir, nas *decisões* que o constituem, e nos *recursos* que dele podem ser interpostos.

Quanto á *forma*, não há que discutir. Regula-a a *lex fori*.

Algumas questões delicadas aparecem, porém, quer de pura técnica jurídica, quer de verdadeiro alcance prático, relativamente às decisões que o tribunal tem de proferir e relativamente aos recursos dessas decisões.

a) *Decisões*. No julgamento das questões de direito internacional privado, podem aparecer, ao lado da *questão de fundo*, em que o tribunal tem de apreciar o pedido, as *questões prévias gerais* de nulidade do processo, de legitimidade das partes, e de excepções dilatórias, e uma *questão prévia específica*: a questão da determinação da lei aplicável, sempre que se discuta uma questão de competência legislativa.

1.º) *Questões prévias gerais*. A questão da *nulidade do processo* não levanta qualquer dificuldade de carácter internacional. A lei reguladora do processo é a *lex fori* e, por isso, a lei portuguesa dirá aos tribunais portugueses se há ou não nulidade de processo.

A questão da *legitimidade das partes* já não é tão simples. É necessária uma certa análise.

A legitimidade-*capacidade para estar em juízo* é regulada pela lei competente para reger a capacidade de exercício de direitos e, portanto, em regra, no nosso sistema, pela lei nacional.

A legitimidade-*assistência judiciária*, que consiste em verificar se a parte foi devidamente acompanhada ou representada por advogado ou procurador, quando a lei assim o exige, é regulada pela *lex fori*.

E a legitimidade-*interesse*, que é a mais característica e consiste em as partes terem a qualidade que, podendo atribuir-lhes o direito ou impor-lhes a obrigação em litígio, justifica o seu recurso ou o seu chamamento ao tribunal, para que êste decida se lhes cabe êsse direito ou essa obrigação?

Semelhante forma de legitimidade não é mais que a atribuição da faculdade de ser parte em juízo para fazer valer um direito, ou para responder pelo cumprimento de uma obrigação, e, por isso, é lògicamente regulada pela lei competente para regular a relação jurídica em discussão. Assim, se o indivíduo for a juízo na qualidade de herdeiro legítimo de outro, a sua legitimidade na causa terá de ser apreciada em face da lei reguladora da sucessão, pois um indivíduo sòmente poderá ser considerado herdeiro presumido de outro quando se encontre dentro do quadro dos sucessíveis estabelecido pela lei nacional do autor da herança.

As *excepções dilatórias* têm um regime simples.

A excepção de incompetência, se se tratar de competência interna, é exclusivamente regulada pela *lex fori*, pois que as leis sôbre competência interna são leis de competência localizada (1), estando, até, segundo Arminjon, fora da esfera de acção do direito internacional privado (2), o que equivale ao mesmo, e quere dizer que, dentro de cada Estado, apenas se aplica a sua própria lei.

Se se tratar de competência internacional, tem de verificar-se se há tratado, para por êle decidir. Se tratado não houver, é competente a *lex fori*, cujas regras sôbre competência internacional excluem as regras formuladas sôbre o assunto pelas leis estranjeiras (3).

A excepção de lide pendente pode ser baseada, quer na pendência da primeira acção perante um tribunal do próprio país em que a excepção é deduzida, quer na pendência da primeira acção perante um tribunal estranjeiro.

Neste segundo caso, como já procuramos mostrar (4), a excepção não deve ser atendida, a não ser que um tratado a estabeleça, directa ou indirectamente.

No primeiro caso, as condições de admissibilidade da excepção, pelo que respeita aos princípios da competência

(1) Supra, n.º 143.
(2) L. I, pág. 572 e 559.
(3) L. I, n.º 183, e Supra, n.º 258
(4) Supra, pág. 198.

electiva e da prevenção de jurisdição, serão reguladas exclusivamente pela *lex fori*, pois se trata de uma questão que respeita inteiramente à competência interna, que entra no exclusivo domínio daquela lei.

Também a *lex fori* decidirá exclusivamente tudo que respeite à admissibilidade processual da excepção, quer a primeira acção tenha sido intentada no país, quer o tenha sido em país estranjeiro, quanto aos casos de admissão da excepção mediante tratado.

Todavia, para verificar se existe *identidade jurídica* entre a acção contra a qual se deduz a excepção e a acção pendente em outro tribunal, devem aplicar-se as mesmas regras que se aplicam para determinar se se dão as condições de existência da excepção de caso julgado, regras que já expusemos e segundo as quais é competente a lei reguladora da relação jurídica em litígio ou a lei reguladora da relação de representação entre as pessoas que figuram na primeira e na segunda acção, se essas pessoas forem diferentes (1).

2.º) *Questão prévia específica.* A questão de fundo ventilada numa acção tem sempre de ser resolvida em face de uma lei de puro direito interno, pela razão clara e decisiva de que as regras de competência legislativa são *regras de aplicação*, e não *regras de regulamentação*. Assim, se o autor propuser uma acção de nulidade do casamento, a nulidade ou validade dêste acto tem de ser resolvida em face de uma lei interna nas disposições em que esta regule as condições de validade intrínseca ou de validade formal do casamento.

Qual, porém, a *lei interna competente* para decidir acêrca do pedido de anulação do casamento e, em geral, do pedido formulado na acção?

Eis a questão que o tribunal tem de resolver e que é evidentemente uma questão prévia, pois da sua resolução depende o caminho a seguir na decisão do pleito.

Se, por exemplo, o casamento cuja anulação se pede tiver sido celebrado em Portugal por um italiano e uma mulher francesa, alegando-se o impedimento de parentesco, antes de resolver sôbre o pedido de anulação, tem o tribunal de decidir se é aplicável a lei francesa ou a lei italiana, sendo

1) Supra, n.º 278.

em face da lei que considere aplicável que deve decidir se o casamento é válido ou nulo.

Qual, porém, a natureza desta questão prévia?

A nossa jurisprudência tem-na identificado, por vezes, ora com a *legitimidade* ora com a *competência do tribunal*.

Semelhante identificação é, porém, indefensável.

Questão de competência do tribunal, não é claramente, pois que, na hipótese indicada, o tribunal português, desde que o réu estivesse domiciliado em Portugal, teria competência para a acção, fôsse aplicável a lei italiana, a lei francesa, ou mesmo a lei portuguesa, como lei de ordem pública internacional.

Questão de legitimidade, também não é, pois, como vimos, para determinar a própria legitimidade, pode ser necessário determinar a lei competente e, por isso, chamar à questão da determinação da lei aplicável uma questão de legitimidade seria cair numa evidente petição de princípio.

Qual, pois, a natureza da questão? Não pode ser outra senão esta: *questão da competência da lei*, que é paralela à questão da competência do tribunal, sem com ela se identificar.

E como deverá o tribunal resolvê-la? Aplicando as regras de resolução dos conflitos de leis estabelecidas pela *lex fori*. Tem de guiar-se pela teoria dos elementos de conexão da relação jurídica com as leis de diferentes países e considerar decisivo da competência da lei aquele elemento de conexão a que a *lex fori* atribuir êsse valor, como será, por exemplo, a nacionalidade das partes, a situação dos bens ou o lugar da celebração do contrato (1).

E assim, se na acção se ventilar uma questão de incapacidade de exercício de direitos por virtude da idade ou de demência, aplicará a lei nacional do pretendido incapaz (Código civil, artigo 24.º e 27.º; Código comercial, artigo 12.º); se se ventilar uma questão de regimes matrimoniais, aplicará a lei nacional do marido (Código civil, artigo 1107.º); etc.

3.º) *Questão de fundo.* Fixada a lei competente, é em face dela que o tribunal tem de julgar o pedido procedente ou improcedente. E, nesse julgamento, deve conduzir-se na aplicação das leis estranjeiras, quanto à sua interpretação e

(1) L. 1, n.ºs 77 e 120-II.

quanto à formação do juízo lógico que serve de base à decisão, como procede na aplicação das leis do seu país.

Contudo, a aplicação das leis estranjeiras, quando competentes, suscita três questões importantes, relativas — à atitude do tribunal a respeito dessa aplicação, — à prova do direito estranjeiro, — e à possibilidade de recurso no caso de errada aplicação dêsse direito. Dado, porém, o valor destas questões, ocupar-nos hemos delas em números separados.

283 — Todas as teorias de resolução dos conflitos de leis conduzem, em maior ou menor escala, à aplicação de leis estranjeiras. Daí o problema sôbre qual deva ser a atitude dos tribunais de qualquer país, competentes para intervir na defesa dos direitos privados, quanto à aplicação das mesmas leis.

Nem na doutrina nem no direito positivo há uniformidade acêrca desta questão.

Na doutrina encontram-se três sistemas: o sistema da *lei-facto*, o sistema do *arbítrio judicial*, e o sistema da *lei-direito*.

Para o primeiro sistema, a lei estranjeira é um simples *facto*, que, como qualquer outro facto, deve ser alegado e provado pelas partes, sem o que o juiz a não pode aplicar. Foi outrora o sistema preponderante na doutrina (1) e ainda é hoje, como veremos, o sistema que prevalece no direito positivo.

O segundo sistema, que foi defendido por Kori (2), torna a aplicação da lei estranjeira dependente do arbítrio do juiz, no sentido de que o tribunal *pode* aplicar a lei estranjeira, mesmo quando não alegada pelas partes, mas *não tem obrigação* de a aplicar. Êste sistema tem tido pouco sucesso tanto na doutrina como no direito positivo.

O terceiro sistema torna obrigatória a aplicação da lei estranjeira, sempre que ela seja competente para regular a respectiva relação jurídica, segundo as regras de conflitos de leis da *lex fori*, independentemente de a mesma lei estranjeira ser ou não alegada e provada pelas partes. É o sistema que hoje prevalece na doutrina (1).

(1) Von Bar, ob. cit., § 37: Darras, *De la connaissance, de l'application et de la preuve de la loi étrangère*, em *Clunet*, 1901, pág. 447, nota 2.
(2) Vide Von Bar, § cit.

No direito positivo encontram-se também três sistemas: o sistema da *lei-facto*, um sistema de *transição*, e o sistema da *lei-direito*.

O sistema tradicional da lei-*facto* foi formalmente consignado pelo artigo 13.º do Código civil argentino, e pelo artigo 55.º do Tratado de Lima. Segundo o Código argentino, a aplicação da lei estranjeira depende de alegação e prova pelo interessado, a não ser que outra coisa seja determinada por tratado ou lei especial, e o tratado de Lima dispunha que quem invoca uma lei estranjeira e pede a sua aplicação, deve provar a sua existência.

Independentemente de texto expresso, é o mesmo sistema seguido pela jurisprudência, designadamente, da Bélgica, Canadá, Egipto, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Inglaterra, Itália, México e Ruménia (1).

O sistema de transição aparece no direito alemão, austríaco e russo. O art. 265.º do código de processo civil alemão, de 30 de janeiro de 1877, reproduzido pelo art. 293.º do código de 17 de maio de 1898, e o art. 271.º do código de processo civil austríaco, de 1 de agosto de 1895, determinam que a prova do direito estranjeiro sòmente é necessária quando o tribunal o não conhecer, *podendo*, porém, quando o não conhecer, informar-se *ex officio* e ordenar as provas que entender, acrescentando o código austríaco que o tribunal pode solicitar a intervenção do ministro da justiça. O artigo 709.º do código de processo civil russo *impõe* às partes a obrigação de alegar e provar a existência e teor das leis estranjeiras, mas *autoriza* o tribunal a proceder às necessárias averiguações, quer directamente, quer por intermédio do ministério dos negócios estranjeiros. A característica do sistema está em o tribunal *poder*, mas *não ser obrigado* a investigar e aplicar de ofício a lei estranjeira, ou quando a não conhece (direito alemão e austríaco) ou quando a parte não a alega e prova (direito russo).

(1) Von Bar, § cit.; Darras, *Clunet* cit., loc. cit.; Weiss, *Traité*, III, pág. 182; Pillet, *Principes*, n.º 83.
(1) Vide Darras, em *Clunet* cit., pág. 450 e seg. e 672 e seg.

O sistema da lei-*direito* foi nitidamente consignado pela lei suíça de 1891, cujo artigo 2.° dispõe que o juiz é obrigado a aplicar *ex officio* o direito de outro cantão e cujo artigo 28.° manda aplicar as suas disposições, por analogia, aos estranjeiros domiciliados na Suíça, devendo, portanto, o juiz aplicar de ofício o direito estranjeiro, quando êle for competente, segundo a mesma lei, para regular as suas relações jurídicas, e bem assim pelo tratado de Montevideo, de 3 de fevereiro de 1889, cujo artigo 2.° determina que as leis dos Estados contratantes serão aplicadas de ofício pelo juiz da causa, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e conteúdo da lei invocada.

Dos três sistemas não hesitamos em aceitar o sistema de que o juiz deve investigar e aplicar de ofício a lei estranjeira: 1.°) porque êsse sistema representa o único meio seguro de dar eficácia prática às regras de conflitos de leis, as quais, tornando competente uma lei estranjeira, significam evidentemente que essa lei deve ser aplicada independentemente da vontade das partes; 2.°) porque o legislador, mandando aplicar as leis estranjeiras para regular determinadas relações jurídicas, encorpora as mesmas leis estranjeiras no seu sistema jurídico e, por isso, semelhantes leis ficam tendo para os tribunais locais a mesma fôrça obrigatória que as leis do próprio país; 3.°) porque, se não pode impor-se ao juiz a obrigação de conhecer as leis estranjeiras, como se lhe impõe a obrigação de conhecer as leis nacionais—*jura novit curia*, pode certamente impor-se-lhe a obrigação de investigar a existência e o teor das leis estranjeiras, quando estas sejam competentes para regular as relações jurídicas; 4.°) porque a aplicação de ofício das leis estranjeiras competentes é o único meio de tornar efectiva a obrigação do Estado de executar as regras de conflitos de leis estabelecidas pelos tratados por êle concluídos, ou estatuídas nas leis com que procura dar cumprimento ao princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estranjeiras.

284—Indicadas as soluções dadas pela doutrina e pelo direito positivo ao problema da aplicação das leis estranjeiras, procuraremos determinar o sistema seguido pelo direito português.

Um texto apenas do nosso direito se refere ao assunto. É o artigo 2406.° do Código civil, assim redigido: «Nos casos em que for invocado algum estatuto, ou postura municipal dêste país, ou alguma lei estranjeira, cuja existência seja contestada, será obrigado a provar a dita existência aquele que tiver alegado tal estatuto, postura ou lei».

Em face dêste preceito, têm sido seguidos três sistemas diferentes.

a) O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 18 de dezembro de 1891 (1), seguiu abertamente o sistema da lei-*facto*, emquanto formulou esta doutrina:

«Quando nos tribunais portugueses houverem de ser julgados litígios pelo direito estranjeiro, é necessário que êste seja provado por qualquer dos modos que a prática tem sancionado. Não basta invocar o direito estranjeiro, porque, se os magistrados, como jurisconsultos, podem conhecê-lo, não podem, como julgadores, aplicá-lo, se a prova dele não estiver nos autos. E assim... tem a questão de ser resolvida pela lei portuguesa». E a mesma doutrina tem seguido o Supremo Tribunal em outros acórdãos, designadamente, no acórdão de 25 de abril de 1916 (2). E com a doutrina do Supremo Tribunal concorda Dias Ferreira, escrevendo: «Lei, só a estranjeira, por ser estranjeira, precisa de ser certificada, como qualquer facto» (3).

b) O dr. Guilherme Moreira interpretou o artigo 2406.° do Código civil em harmonia com o sistema do Kori, expondo dêste modo as suas ideas:

«A ilação que, em nosso parecer, se tira do artigo 2406.°, é esta: os nossos tribunais, embora sejam obrigadas a aplicar, não são obrigados a conhecer as leis estranjeiras. Daí a obrigação, imposta a quem as invoque, de provar a sua existência, quando esta seja contestada, e entendemos que, se não for invocada a lei estranjeira por que a questão deve ser decidica, ou se essa lei for diversa da alegada pelas partes, o juíz também não é obrigado a aplicá-la, visto que não se presume nele o conhecimento dessa lei.

(1) Na *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano XXXIII, pág. 79.
(2) *Boletim da Faculdade de Direito*, III, pág. 14.
(3) *Código civil anotado*, 2.ª edição, IV, pág. 311.

«Sendo assim, sempre que o juiz conheça a lei estranjeira por que deve decidir a questão, pode julgar em harmonia com ela, embora não seja alegada e provada pelas partes, pois que a aplicação dessa lei não pode ficar no arbítrio delas; mas não é obrigado a conhecê-la e, conseqüentemente, a aplicá-la. São as partes que têm de ministrar-lhe o conhecimento dessa lei, e, se o não fizerem, como a *lex fori* se deve considerar subsidiária nos casos em que se não possa determinar a estranjeira que se deveria aplicar, o juiz terá de julgar em harmonia com a nossa lei» (1).

c) A *Revista de legislação e de jurisprudência* seguiu, no ano 20, n.º 1025, pág. 578, uma doutrina que se aproxima do sistema da lei-*direito*, sustentando que a lei estranjeira só precisa de ser provada quando for contestada.

Doutrina semelhante foi seguida pelo dr. Marnoco e Sousa, segundo o qual o juiz não pode conservar uma posição meramente passiva, mas deve procurar por todos os meios o justo conhecimento da lei a aplicar. «Ainda bem, conclui, que a nossa legislação está de harmonia com esta doutrina, porquanto ùnicamente obriga a provar a existência da lei estranjeira, àquele que a tiver alegado, quando a sua existência seja contestada» (2).

E ainda a mesma doutrina foi adoptada pelo então juiz do Pôrto dr. Eduardo Carvalho, em sentença de 1 de junho de 1914 (3), e pelo juiz da Beira dr. Luís Gonçalves Forte, em sentença de 17 de outubro do mesmo ano (4).

Em face desta divergência de opiniões, qual será a doutrina que deve considerar-se sancionada pelo nosso direito positivo?

As regras de conflitos de leis estabelecidas nos tratados assinados e ratificados por Portugal ou formuladas pela lei interna portuguesa atribuem competência, em determinados casos, às leis estranjeiras para regular certas relações jurídicas. Em princípio, deve atender-se que a ratificação dos tratados e a promulgação das regras internas de conflitos de leis tornam obrigatória para os tribunais a aplicação das leis

(1) *Revista* cit., ano 40, n.º 1709, pág. 17 e 18.
(2) *Execução extraterritorial das sentenças cíveis e comerciais*, pág. 206.
(3) *Questões e julgamentos*, pág. 289.
(4) *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 29, n.º 22, pág. 382 e 383.

estranjeiras, quando competentes, pois que os tratados são ratificados e as leis promulgadas para serem pràticamente aplicados, sempre que os tribunais tenham de apreciar os factos a que respeitam os mesmos tratados ou leis, não podendo claramente a sua aplicação ficar dependente de alegação e prova pelos interessados, a não ser que uma disposição expressa de lei assim o estabeleça.

Ora uma tal disposição nem foi formulada expressamente pelo legislador, nem se contém no artigo 2406.º do Código civil.

Em verdade, em parte alguma se lê o princípio geral de que, para a aplicação do direito estranjeiro, êste deve ser invocado pelas partes e, portanto, em parte alguma está sancionada a doutrina de que, embora competente, a lei estranjeira não passa de um *facto* que, como qualquer outro, precisa de ser alegado e provado pelos interessados. Apenas se figura a hipótese de uma das partes invocar uma lei estranjeira e a outra parte contestar a existência dessa lei, impondo-se ao alegante a obrigação de provar essa existência, hipótese que nem autoriza a generalização de que o direito estranjeiro deve ser sempre invocado e provado pelos interessados, nem leva a concluir que, mesmo nesse caso especial, o tribunal deva decidir-se, na falta de prova, pela aplicação da lei portuguesa.

Não autoriza aquela generalização, pela razão simples de que, tendo o direito português declarado competente a lei estranjeira para regular determinadas relações jurídicas, o único princípio geral a assentar é que entra no ofício do juiz a obrigação de aplicar o direito estranjeiro, sempre que êste seja encorporado pelo direito português para a regulamentação das relações jurídicas, isto é, que a aplicação da lei estranjeira é uma questão de direito, acima da vontade das partes, tendo de entender-se que qualquer hipótese particular que represente um desvio de semelhante princípio deve ser de interpretação restrita e de modo nenhum pode ampliar-se à generalidade dos casos em que, por disposição expressa ou implícita do direito português, deva ser aplicado o direito estranjeiro. Por isso, da hipótese, estabelecida no art. 2406.º, de se impor a quem invoca uma lei estranjeira a obrigação de provar a sua existência quando contestada, não pode concluir-se, nem a necessidade de sempre ser invocada a lei

estranjeira, nem a necessidade de a provar quando alegada, mas não contestada (1).

Mas, nem mesmo na hipótese prevista pelo artigo 2406.º, julgamos defensável a doutrina do Supremo Tribunal.

Se o alegante provar a existência contestada da lei que invoca, o juiz fica ainda com a liberdade de aplicar ou não aplicar essa lei, segundo entender que ela é ou deixa de ser a lei competente para resolver a questão, pois não se trata de um simples facto que êle tenha necessàriamente de aceitar, mas de um preceito de lei cuja aplicabilidade deve determinar.

Se o alegante não fizer a prova devida, não indica o artigo a conseqüência, não sendo, por isso, de modo nenhum forçosa a cominação de que deve ser aplicada a lei portuguesa. E, como semelhante cominação, como sanção do artigo 2406.º, brigaria com as disposições de lei que mandam aplicar o direito estranjeiro e inutilizaria o pensamento do legislador, que reconheceu a competência das leis estranjeiras para regular determinadas relações jurídicas, parece-nos lógica a conclusão de que a obrigação de provar, estabelecida pelo mesmo artigo, não significa mais do que o *concurso* das partes para a aplicação da lei estranjeira na hipótese aí estabelecida, por virtude da dificuldade de os juízes conhecerem as leis dos diferentes países, isto é, representa a *cooperação* do interessado no desempenho da missão do tribunal quanto à aplicação do direito estranjeiro. E isto tanto mais que, se quando a prova se faz o juiz não é obrigado a aplicar a lei estranjeira, assim também deverá, lògicamente, quando a prova se não fizer, investigar e aplicar essa lei oficiosamente, desde que reconheça a sua competência.

Da doutrina que acabamos de sustentar, de que as leis estranjeiras competentes segundo a lei portuguesa devem ser consideradas como verdadeiro direito, e não como um simples facto, deriva a conseqüência importante de que as partes podem invocar a sua aplicação em qualquer altura do processo, como acontece com as leis nacionais.

(1) No sentido de não ser necessário provar a lei estranjeira alegada, mas não contestada, julgou a Relação de Moçambique em acórdão de 8 de abril de 1916 (*Col.*, XII, pág. 139).

Isso não quere, porém, dizer que os remédios de processo fundados nas leis estranjeiras não devam ser apresentados na altura do processo marcada pela lei portuguesa. E assim, se se deduzir uma excepção baseada numa lei estranjeira, a excepção terá que ser apresentada na altura indicada pela *lex fori*, pois, como já foi dito (1), é esta lei que regula a admissibilidade processual das excepções (2).

285 — Assente que os tribunais portugueses *devem* aplicar oficiosamente as leis estranjeiras, importa verificar: *a*) como os mesmos tribunais poderão certificar-se da existência e do teor das leis estranjeiras, quando as não conheçam; *b*) como as partes poderão provar a existência e teor das mesmas leis, se a isso forem obrigadas ou se, pelo menos, nisso tiverem conveniência; *c*) como deverá proceder o tribunal quando não seja possível determinar a lei estranjeira considerada competente.

a) *Investigação oficiosa.* O Instituto de direito internacional, na sessão de Hamburgo de 1891, assentando o princípio de que, no estado actual da sciência do direito e das relações internacionais, a prova das leis estranjeiras não pode ser uma questão de facto abandonada à iniciativa das partes, emitiu o voto de que, por acordos internacionais, os Estados se obrigassem a cumprir cartas rogatórias, enviadas pela via diplomática ao ministério da justiça do respectivo Estado e tendentes a obter a prova da lei considerada competente pelo tribunal perante o qual corresse a acção (3).

No mesmo sentido se pronunciou a comissão encarregada pela conferência da Haia de 1900 de estudar o assunto, não tendo tido, porém, seguimento as resoluções apresentadas à conferência, a qual se limitou a emitir o voto de que o assunto fôsse estudado por uma nova conferência (4).

O sistema das cartas rogatórias para obter um certificado da existência e teor das leis estranjeiras não foi, pois, ainda reconhecido por um tratado, nem tão pouco foi regulado

(1) Supra, n.º 278.
(2) Vide: Rolin, ob. cit., I, n.º 518; Von Bar, ob. cit., § 37.º; Diena, ob. cit., pág. 392; Fedozzi, ob. cit., pág. 472.
(3) *Annuaire*, XII, pág. 328 e seg.
(4) *Actes* de 1900, pág. 60, 96, 137, 178, 190 a 192, 205, 206, 224 e 246.

pela nossa lei. Cremos, porém, que os tribunais não estão impedidos de recorrer a êsse meio de conhecer o direito estranjeiro e que os Estados estranjeiros se não recusariam a cumprir as rogatórias.

Mas, se se entender que êsse processo não é legalmente viável, parece-nos indiscutível que existe um meio legal, embora de alcance limitado. É o que resulta do artigo 241.°, § único, *a*) e 282.° do regulamento consular, que atribui competência aos cônsules portugueses para certificar que certa *lei territorial* se acha em vigor. Se, por um lado, o tribunal tem obrigação de aplicar oficiosamente as leis estranjeiras e se, por outro lado, os cônsules têm competência e, portanto, obrigação de certificar que as leis locais se encontram em vigor, parece incontestável que os tribunais podem requisitar oficialmente certificados consulares sôbre a vigência das leis territoriais, pela razão simples de que a lei que impõe uma obrigação deve reconhecer os meios de lhe dar cumprimento.

b) *Prova pelas partes.* Quando as partes *queiram* ou *tenham* de provar a existência e o teor do direito estranjeiro, poderão recorrer: 1.°) ao *texto oficial* da lei considerada competente; 2.°) a *certificados* passados pelos cônsules portugueses residentes no respectivo Estado, como claramente resulta dos citados artigos 241.° e 282.° do regulamento consular; 3.°) a *certificados* passados pelos cônsules dêsse país residentes em Portugal, como é prática corrente; 4.°) a *certificados* passados pela repartição competente do mesmo país, quando essa repartição exista, como acontece na Sérvia (1); 5°) a *consultas* dos homens de lei do Estado legislador, processo muito empregado, e quási necessário quando o direito estranjeiro for consuetudinário ou de difícil interpretação; 6.°) à *lição* dos escritores que expõem o direito do país de que se trata; 7.°) e à *jurisprudência* uniforme dos tribunais dêsse país.

Em geral, pode dizer-se que é possível recorrer a qualquer meio de prova, excluídos o juramento, a confissão e as presunções, como meios de prova inadequados ao fim que se tem em vista.

(1) Fedozzi, ob. cit., pág. 458.

Também se deverá excluir o *acôrdo* das partes quanto à existência e teor de uma lei estranjeira, a não ser que se trate de leis supletivas, cuja aplicação depende da vontade dos interessados (1).

c) Apesar dos esforços empregados, pode acontecer que o tribunal não chegue a determinar a lei estranjeira competente para regular a relação jurídica em litígio. Como deverá proceder em tal hipótese?

Têm sido defendidas duas soluções: *primeira*—aplicar a *lex fori; segunda*—julgar o pedido improcedente.

A solução mais seguida é a primeira, sendo também a adoptada, entre nós, pelo Supremo Tribunal de Justiça nos acórdãos citados.

Esta solução tem sido baseada ora na *presunção de igualdade* entre a lei estranjeira e a *lex fori*, que é a doutrina geral (2), ora na *obrigação de julgar*, que é a doutrina de Lessona (3), Paepe (4) e Fedozzi (5).

A segunda solução, isto é, a que se decide pela improcedência do pedido, é sustentada, designadamente, por Loggia (6), Zittelmam (7) e Anzilotti, com o fundamento assim formulado por Anzilotti: «O juiz deve verificar se o pedido do autor ou a excepção do réu têm fundamento legal, e a lei em que devem ser fundados indicam-na as regras de conflitos de leis vigentes no seu Estado; e, se êle, na falta de uma disposição expressa de lei que o autorize, substituisse uma lei por outra, violaria aquelas regras. Isto pôsto, e porque o juiz não tem obrigação de conhecer todas as leis estranjeiras, se não conseguir obter o conhecimento da lei estranjeira competente, ou *ex officio*, ou com o concurso das partes, só lhe resta verificar a verdade das coisas, isto é, que não foi demonstrado o fundamento do pedido ou da excepção, e resolver nessa conformidade. Isto, e só isto, consente o desenvolvimento dos princípios» (8).

(1) Von Bar, ob. cit.; § 38; Fedozzi, ob. cit.; pág. 455 e 456.
(2) Vide Weiss, *Traité*, III, pág. 188; Fedozzi, ob. cit., pág. 481.
(3) *Revue de droit international et de législation comparée*, 1895, pág. 555.
(4) *Revue* cit., 1900, pág. 425.
(5) Ob. cit., pág. 472 e seg.
(6) Ob. cit., pág. 317.
(7) Ob. cit., I, pág. 289.
(8) *Rivista di diritto internazionale*, 1907, pág. 275.

Também entendemos que, na falta de um preceito de lei em contrário, como é o artigo 7.º do código geral dos bens do Montenegro, que, na impossibilidade de determinação da lei estranjeira competente, manda aplicar a lei montenegrina, a doutrina exacta é a de julgar improcedente a pretensão que deveria basear-se numa lei estranjeira, se esta lei não chegar a ser determinada: 1.º) porque a presunção de igualdade entre a lei estranjeira e a *lex fori*, não só é desmentida pelo estudo comparativo das legislações, mas é contrária ao presuposto do direito internacional privado quanto aos conflitos de leis, que é a diversidade das leis privadas; 2.º) porque a doutrina da obrigação de julgar não tem rigor, por isso que o juiz deve julgar segundo a lei competente em harmonia com as regras de conflitos adoptadas no seu país, não podendo substituir a essa lei qualquer outra; 3.º) porque é de elementar lógica jurídica que, não se mostrando o fundamento jurídico de uma pretensão apresentada a um tribunal, deve essa pretensão ser julgada improcedente (1).

286 — Relacionada com a teoria da aplicação das leis estranjeiras anda ainda a questão da admissibilidade dos recursos fundados na errada aplicação da lei, como é entre nós o *recurso de revista* (Código de processo civil, artigo 1159.º, § 2.º, n.º 2.º).

No julgamento das questões que, segundo as regras de conflitos de leis da *lex fori*, deveriam ser decididas em harmonia com uma lei estranjeira, podem dar-se três irregularidades, as quais consistem: ou em o tribunal não aplicar a lei estranjeira quando devia aplicá-la; ou em aplicar uma lei estranjeira diferente da que era competente; ou em aplicar a lei estranjeira competente, mas aplicá-la erradamente.

No primeiro e no segundo caso, não pode discutir-se a legitimidade do recurso fundado na errada aplicação da lei, pela clara razão de que o tribunal violou a regra de conflitos

(1) Em conformidade da doutrina seguida no texto, julgou o acórdão da Relação de Moçambique de 18 de junho de 1913, o qual decidiu que a lei estranjeira deve ser alegada e provada, mas que, quando não provada, não pode ser aplicada a lei portuguesa (*Col.* IX, pág. 156).

de leis da *lex fori*, isto é, de uma lei do seu país que lhe mandava aplicar a lei estranjeira.

O terceiro caso tem levantado, porém, séria discussão, havendo divergências na doutrina e na jurisprudência dos diferentes Estados.

Contra a admissão do recurso de revista, por errada aplicação da lei estranjeira, tem-se apresentado, fundamentalmente, duas razões

A primeira liga-se com a concepção da lei estranjeira como uma *res facti*, é um corolário do sistema da lei-*facto*, e pode formular-se assim: se a aplicação da lei estranjeira é uma questão de facto, a conseqüência é que a sua errada aplicação pode dar lugar aos recursos que se fundam numa errada apreciação dos factos, mas não ao recurso de revista, que é um recurso destinado a emendar a errada aplicação da lei como regra de direito.

A segunda prende-se com a função atribuída ao tribunal de revista como tribunal destinado a unificar a jurisprudência na aplicação das leis, pois, diz-se, se esta função tem razão de ser quanto à aplicação das leis nacionais, deixa de a ter quanto à aplicação das leis estranjeiras.

A primeira razão, emquanto se baseia no sistema da lei-*facto*, é, pelo menos, tão inconsistente como êsse sistema, valendo contra ela todas as considerações que contra o mesmo sistema aduzimos, quer sob o ponto de vista doutrinal, quer em face da nossa lei.

Mas, dentro do próprio sistema, a razão é improcedente, por isso que a lei estranjeira, ainda que seja considerada como facto quanto à sua *prova*, nem por isso as regras de conflitos de leis da *lex fori* deixam de a mandar aplicar como direito, o que demonstra que deve ser admitido a seu respeito o recurso de revista.

A segunda razão confunde duas coisas que não é lícito confundir, que são a *função* do recurso de *revista* e o seu *possível resultado*.

A função do recurso é emendar os erros de direito praticados pelos tribunais inferiores, e o seu possível resultado é que pode ser a unificação da jurisprudência. E deve entender-se assim, pelo menos, no nosso sistema legislativo, por isso que as decisões do Supremo Tribunal não cons-

tituem *direito de futuro*, nem para os tribunais inferiores, nem para si mesmo.

Mas a improcedência da razão ainda deriva de duas outras considerações, uma geral e outra resultante da letra da nossa lei.

A primeira consideração está em que a lei estranjeira, quando mandada aplicar por uma regra de conflitos de leis da *lex fori*, fica integrada no sistema jurídico nacional, devendo defender a sua exacta aplicação os recursos que defendem a exacta aplicação das leis nacionais.

A segunda infere-se do modo como se exprime o art. 1159.º do Código de processo civil, onde está escrito: «Em recurso de revista, o Supremo Tribunal de Justiça conhece da nulidade do processo e da nulidade da sentença. § 2.º É nula a sentença: 2.º) Quando tiver julgado contra direito».

O texto não distingue entre direito português e direito estranjeiro e, porque é certo que o legislador português manda aplicar a determinadas relações jurídicas o direito estranjeiro, assim como é incontestável que o legislador quere que a lei seja aplicada com exactidão e não erradamente, deve entender-se que a palavra *direito* empregada no texto abrange tanto o direito português como o direito estranjeiro declarado aplicável pelas regras portuguesas de conflitos de leis (1).

Em harmonia com esta doutrina decidiu o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de fevereiro de 1918, o qual, julgando que ao mandato passado no Brasil é aplicável a lei brasileira, reconheceu o recurso de revista fundado na errada aplicação dessa lei (2).

(1) Sôbre a legitimidade dos recursos de direito quanto à aplicação das leis estranjeiras, vide: Von Bar, ob. cit., § 39; Weiss, ob. cit., pág. 192; Rolin, ob. cit., I, pág. 507 e seg.; Vareilles-Sommières, *Synthèse*, II, pág. 288 e seg.; Pillet, *Principes*, n.º 31; Despagnet, ob. cit., n.º 20; Valery, ob. cit., n.º 435 e seg.; Fedozzi, ob. cit., pág. 472 e seg.; Diena, ob. cit., pág. 392; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 162.

(2) *Direito*, ano 51, pág. 252.

§ III

Cooperação internacional das jurisdições

DIVISÃO I

Direito convencional

SUMÁRIO. I — *Comunicação internacional de actos judiciais e extrajudiciais.* 287 — Conceito da cooperação internacional das jurisdições. Formas dessa cooperação, segundo a convenção da Haia sôbre processo civil de 17 de junho de 1905: comunicação de actos judiciais e extrajudiciais e cartas rogatórias. 288 — Sistema geral da convenção acêrca da comunicação de actos judiciais e extrajudiciais. 289 — Competência e forma de processo para realizar a notificação dêsses actos. 290 — Obrigação de realizar a notificação e faculdade excepcional de a recusar. 291 — Prova da notificação. 292 — Meios oficiosos da transmissão de actos judiciais e extrajudiciais. 293 — Regime das custas. 294 — Regime da notificação dos actos respeitantes aos processos pendentes perante o Tribunal permanente de arbitragem da Haia, e perante o Tribunal permanente de justiça internacional. II — *Cartas rogatórias.* 295 — Reconhecimento geral das cartas rogatórias para a prática de actos judiciais em matéria civil e comercial. 296 — Meios oficiais de transmissão das cartas rogatórias. 297 — Lingua em que devem ser escritas as cartas rogatórias. 298 — Obrigação de cumprir as cartas rogatórias e casos em que é legítima a recusa do seu cumprimento. 299 — Competência para cumprir as cartas rogatórias e procedimento a adoptar pelas autoridades do Estado rogado quando não puderem cumpri-las. 300 — Lei reguladora da forma do processo de cumprimento das rogatórias. 301 — Reconhecimento das *comissões consulares* como meio de cumprimento das rogatórias. 302 — Regime das custas. 303 — Regime das rogatórias expedidas pelo Tribunal permanente de arbitragem e pelo Tribunal de justiça internacional.

287 — A progressiva feição internacional da vida dos povos civilizados determina muitas vezes a dupla necessidade: — ou de *notificar* uma pessoa que se encontra em país estranjeiro de um facto cujo conhecimento interessa ao exercício ou à defesa de um direito, quer dessa mesma pessoa, quer de outra pessoa com quem ela está em relações jurídicas; — ou de pedir aos tribunais de um país a prática de uma *dili-*

gência judicial indispensável à instrução de um processo que corre perante os tribunais de outro país.

Assim, se um indivíduo propuser contra outro, que se encontra em país estranjeiro, uma acção judicial, é necessário citar o réu, para lhe dar conhecimento do processo e para êle preparar os seus meios de defesa; se o enfiteuta pretender alienar o domínio útil de um prazo e o senhorio directo estiver em país estranjeiro, precisa de avisar êste para o efeito de êle declarar se quere usar do direito de preferência (Código civil, artigo 1678.º); se a verificação do direito alegado pelo autor depender da inquirição de uma testemunha ou do exame de objectos ou documentos que se encontrem em país estranjeiro, é indispensável que a inquirição ou exame se façam num país diferente daquele em que corre a acção.

Normalmente, porém, a jurisdição das autoridades e tribunais de um Estado acaba na fronteira do mesmo Estado e, por isso, para que às pessoas que estão no estranjeiro se dê conhecimento dos factos que interessam ao exercício e defesa dos seus direitos ou dos direitos das pessoas com que elas se encontram em relações jurídicas, e para que se realizem as diligências judiciais que só podem verificar-se em país estranjeiro, torna-se necessário que as *notificações* e as *diligências judiciais* sejam praticadas por autoridades ou tribunais estranjeiros.

Daqui a necessidade da *assistência judiciária internacional* ou, como também pode dizer-se, da *cooperação internacional das jurisdições*, que consiste exactamente em as autoridades e tribunais de um país auxiliarem as autoridades e tribunais de outro país, fazendo as notificações ou praticando as diligências que se tornem necessárias ao exercício ou à defesa dos direitos dos indivíduos.

Esta necessidade foi sentida pelos povos civilizados, os quais, já nas leis internas, já em tratados, têm procurado assegurar e regular a cooperação internacional das jurisdições.

E a mesma necessidade foi naturalmente compreendida por Portugal. Com efeito, não só existem nas leis internas portuguesas preceitos ditados pela necessidade da cooperação internacional das jurisdições e que são aplicáveis nas relações com a generalidade das potências estranjeiras, mas existe já um *direito convencional*, que assegura e regula a

assistência judiciária internacional nas relações com algumas potências.

A convenção mais importante, pode mesmo dizer-se, a única convenção importante sôbre o assunto, é a já conhecida convenção da Haia de 17 de julho de 1905, que regulou algumas matérias de processo civil, entre as quais a *comunicação internacional de actos judiciais e extrajudiciais* e as *cartas rogatórias*, que são exactamente os meios por que se realiza a cooperação internacional das jurisdições.

Começaremos as nossas considerações pelo direito convencional, não só porque é direito internacional pròpriamente dito, mas também porque a convenção de 1905 constitui o estatuto jurídico daquela cooperação nas relações de Portugal com uma grande parte dos Estados europeus (1).

288—O nosso estudo vai ser um ligeiro comentário da convenção, anotando cada um dos seus artigos com os esclarecimentos que julgamos necessários.

A convenção separa, porém, nitidamente o regime da assistência judiciária internacional relativa à transmissão de simples *avisos* a pessoas que se encontram no território dos Estados contratantes, e o regime do pedido feito pelos tribunais de um país aos tribunais de outro país da prática de actos de instrução de processos judiciais, sob as duas rubricas *Comunicação de actos judiciais e extrajudiciais* e *Cartas rogatórias*, e, por isso, o nosso comentário seguirá o mesmo método.

E, dito isto, passemos à análise do artigo 1.º, cuja letra é:

(1) A convenção vigente de 17 de julho de 1905 substituiu a convenção de 14 de novembro de 1896 e seu protocolo adicional de 27 de maio de 1897.

A convenção de 1896 e o protocolo de 1897 entraram em vigor no dia 25 de abril de 1899, sendo Estados contratantes a Alemanha, Austria-Hungria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Holanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Ruménia, Rússia, Suécia e Suiça.

A convenção de 1905 foi assinada e ratificada por todos os Estados que haviam ratificado a primeira, entrando em vigor no dia 27 de abril de 1909, excepto nas relações com o Luxemburgo, que só fez o depósito da ratificação no dia 3 de agosto dêsse ano. Com a ratificação dêste último Estado, a convenção de 1905 substituiu completamente a convenção de 1896. Todavia, por virtude dos tratados de paz com a Alemanha (artigo 287.º), com a Austria (artigo 238.º) e com a Hungria (artigo 221.º), deixou a convenção de vigorar nas relações dêstes três Estados com a França, Portugal e Ruménia.

«Artigo 1.º *Em matéria civil ou comercial, as notificações de actos com destino a pessoas que se encontrem no estranjeiro far-se hão, nos Estados contratantes, a petição do cônsul do Estado requerente, dirigida à autoridade que for designada pelo Estado requerido. A petição contendo a indicação da autoridade de quem emana o acto transmitido, o nome e a qualidade das partes, o endereço do destinatário, a natureza do acto de que se trata, deve ser redigida na língua da autoridade requerida. Esta autoridade enviará ao cônsul o documento comprovativo da notificação ou indicação do facto que a houver impedido.*

Serão reguladas pela via diplomática todas e quaisquer dificuldades que ocorrerem a respeito da petição do cônsul.

Pode cada Estado contratante declarar, por comunicação dirigida aos demais Estados contratantes, ser seu desejo que lhe seja remetida pela via diplomática a petição de notificação a fazer no seu território, petição na qual se contenham as disposições constantes da alínea 1.ª.

As precedentes disposições não obstam a que dois Estados contratantes se entendam entre si para admitir a comunicação directa entre as suas respectivas autoridades».

Êste artigo contém o sistema geral da convenção acêrca do *meio* de comunicação internacional dos actos judiciais e extrajudiciais.

A convenção de 1896 admitia dois *meios oficiais* de comunicação dos actos a notificar — a *via diplomática*, que era a *regra*, e a *comunicação directa* entre as autoridades do Estado requerente e do Estado requerido, que era uma *excepção* e que só podia ter lugar quando, por convenção especial ou por fôrça das leis internas dêsses Estados, fosse admitida a comunicação directa entre as autoridades dos mesmos Estados.

A convenção de 1905, porém, admitiu três meios oficiais de comunicação, a *via consular* (reconhecendo competência aos cônsules do Estado requerente para solicitar da autoridade competente do Estado requerido a realização da notificação), a *via diplomática* e a *comunicação directa*.

Além disso, a via diplomática, que era a regra segundo

a convenção anterior, passou para um plano secundário, vindo constituir a regra a via consular. As razões de tal substituïção foram expostas pela comissão de 1904 (1) e resumem-se no desejo de simplificar a comunicação internacional dos actos judiciais e extrajudiciais.

Se bem que estabelecesse a via consular como *regra* para a comunicação internacional dos actos judiciais ou extrajudiciais, permitiu a convenção que a comunicação pudesse fazer-se por qualquer dos meios já estabelecidos pela convenção de 1896 — a via diplomática e a comunicação directa entre as autoridades dos Estados contratantes.

A adopção da via diplomática depende de *declaração* feita pelos Estados contratantes de que desejam que lhes seja remetida por tal via a petição das notificações a fazer no seu território.

Desta faculdade concedida pela convenção usou o Govêrno português, segundo se vê do aviso de 2 de julho de 1910, publicado no *Diário do Govêrno* n.º 146 do dia 5 do mesmo mês e ano.

Da mesma faculdade usou a Ruménia (2).

Uma vez feita a declaração, quais serão as suas consequências?

Os efeitos da declaração devem ser considerados quanto ao *recebimento* e quanto à *expedição* de pedidos de notificação.

Quanto ao recebimento dêsses pedidos, podia parecer que, dada a fórmula da convenção — *declarar ser seu desejo que lhe seja remetida pela via diplomática*, etc., a declaração tem o valor de um *simples desejo* e que, por isso, os Estados declarantes deveriam dar andamento aos pedidos de notificação mesmo quando lhes não fossem enviados pela via diplomática.

Não é, porém, assim que a convenção deve ser entendida. Desde que os Estados contratantes têm o *direito* de declarar que desejam que o pedido de notificação lhes seja enviado pela via diplomática, se a declaração for feita, não têm os mesmos Estados *obrigação* de a receber por outra

(1) *Actes* de 1904, pág. 84.
(2) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1090 e 1098.

via c, por isso, se o Estado requerente quiser que a notificação chegue ao seu destino, tem que remetê-la pela via diplomática.

Mas, feita a declaração de que os pedidos de notificação devem ser feitos ao Estado requerido pela via diplomática, seguir-se há que o Estado declarante também fica com o direito ou com a obrigação de transmitir os *seus* pedidos de notificação pela via diplomática? Ou prevalecerá para êle o direito e a obrigação de os transmitir pela via consular?

A resposta não nos parece duvidosa. A convenção estabelece a via consular como regra da transmissão dos pedidos de notificação, e apenas abre excepção a êsse meio de transmissão quanto ao recebimento de tais pedidos, nada dizendo acerca da sua expedição. Ora, como as excepções são de direito estrito, segue-se que, para a expedição de pedidos de notificação, prevalece a regra, isto é, deve recorrer-se à via consular.

Em face da doutrina exposta, o sistema de transmissão de pedidos de notificação entre Portugal e os Estados contratantes é o seguinte: o pedido de notificação vindo de país estranjeiro para Portugal deve transitar pela via diplomática, isto é, deve ser transmitido, pelo agente diplomático do Estado requerente acreditado junto do Govêrno português, ao nosso ministro dos negócios estranjeiros, que o remeterá, pelo ministério da justiça, á autoridade competente para promover a notificação, que é o agente do ministério público junto do tribunal em cuja circunscrição residir o notificando; o pedido da notificação expedido de Portugal para país estranjeiro devè ser entregue pelo cônsul português residente nesse país à autoridade competente, segundo a lei do mesmo país, excepção feita da Rumânia, pois, tendo êste país optado pela via diplomática, os pedidos de notificação a realizar no mesmo país devem seguir por essa via.

A remessa directa dos pedidos de notificação pelas autoridades de um dos Estados contratantes às autoridades de outro dêsses Estados depende de *convenção especial* entre os mesmos Estados ou de, na legislação de cada um deles, se admitir que as suas autoridades possam expedir e receber directamente tais pedidos.

Nas relações de Portugal com os Estados contratantes,

nenhum uso pode ser feito da comunicação directa, pois não existe convenção alguma que a estabeleça, nem a lei portuguesa permite a quaisquer autoridades que expeçam ou recebam directamente pedidos de notificação.

Conhecido o sistema geral da convenção acêrca da comunicação internacional de actos judiciais ou extrajudiciais, importa precisar com a possível exactidão os termos em que êle deve ser aplicado. Começaremos por verificar quais sejam as

a) *Relações entre o regime da convenção e as leis internas sôbre notificações a pessoas residentes no estranjeiro.* Ao iniciar as suas considerações sôbre a comunicação internacional de actos judiciais e extrajudiciais, a comissão de 1904 fez esta importante afirmação: «Trata-se neste capítulo de facilitar, nas relações entre os Estados contratantes, a comunicação de actos judiciais e extrajudiciais ou de regular o modo de notificação que poderá ser empregado em cada Estado para os actos destinados a pessoas que se encontrem no estranjeiro; as leis internas ficam inteiramente reservadas. É um ponto essencial sôbre que êste relatório insistirá mais adiante, mas que convinha indicar desde o princípio» (1).

Esta passagem do relatório de 1904 diz, pois, bem explicitamente, que a convenção se limitou a regular a comunicação internacional dos pedidos de notificação, em nada modificando as leis internas acêrca do *modo* de fazer a notificação a pessoas residentes no estranjeiro e dos *efeitos* que produz êsse modo de notificação.

Ao tempo em que foi elaborada a convenção de 1896, dois sistemas dividiam as legislações europeias sôbre o modo de notificação de actos a pessoas residentes no estranjeiro: o sistema da entrega ao ministério público do aviso de notificação (sistema franco-italiano), segundo o qual, por uma espécie de ficção legal, a notificação ao destinatário se reputa feita no momento do visto do ministério público no original da petição de notificação que fica no país, e o sistema da remessa de um pedido de notificação à autoridade competente do país onde reside o notificando, considerando-se feita a

(1) *Actes*, IV, pág. 84.

notificação mediante certificado daquela autoridade (sistema alemão) (1).

Em face da convenção de 1896, entrou em dúvida se a convenção tinha modificado as legislações do tipo francês no sentido da substituïção do sistema da notificação ao ministério público pelo sistema da *notificação pessoal* do interessado. Assim o pensava, por exemplo, o Govêrno alemão. A opinião geral era, porém, que a convenção se havia limitado a estabelecer um preceito adaptável à aplicação dos dois sistemas, pois que simplesmente impôs aos Estados contratantes a obrigação de prestar o concurso das suas autoridades à realização das notificações que devessem ser feitas a pessoas residentes no seu território, não obrigando os mesmos Estados a praticar o sistema da notificação pessoal. Por tal motivo, fizeram as delegações alemã e belga propostas no sentido da generalização do sistema da lei alemã, isto é, do sistema da notificação pessoal. Todavia, embora depois de larga discussão, a comissão de 1904 rejeitou a proposta belgo-alemã, e limitou-se a propor que a conferência emitisse um voto nesse sentido, o que a conferência fez (2).

É, pois, certo, que a convenção tornou apenas obrigatória a cooperação internacional para a realização das notificações quando tal cooperação seja requisitada pela autoridade competente de algum dos Estados contratantes, transformando essa cooperação de *simples dever de cortesia*, que era anteriormente, em verdadeira *obrigação de direito internacional* (3).

b) *Natureza dos actos abrangidos pela convenção.* A exacta determinação do alcance da convenção requere a investigação da *natureza* dos actos por ela abrangidos

(1) Contuzzi, *Commentaire théorique et pratique des conventions de la Haye concernant la codification du droit international privé*, I, pág. 112.

(2) *Actes* IV, pág. 84, 89, a 92, 223 e 221; *Documents*, IV, pág. 8, 9, 10, 222 e 223.

(3) No sentido da interpretação firmada no texto tem sido a jurisprudência dos Estados contratantes, como pode ver-se das seguintes decisões: Tribunal de Apelação de Liège — 19-XI-1913 e 6-III-1913; Tribunal de Apelação de Montepellier — 7-V-1904; Tribunal de Cassação de França — 28-VI-1905; Tribunal de Apelação de Veneza — 11-III-1913; Tribunal de Cassação de Turim — 10-VI-1913; Tribunal distrital de Luxemburgo — 10-XI-1910; Supremo Tribunal de Justiça do Luxemburgo — 15-III-1912; Tribunal distrital de Rotterdam — 8-I-1913 (Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1200, 1202, 1209, 1213, 1223, 1225, 1230, 1231 e 1253).

quanto à *materia* sôbre que êsses actos podem versar e quanto ao seu *destino jurídico*.

1.º) *Matéria.* O artigo 1.º emprega a fórmula — *em matéria civil ou comercial*, para indicar os actos cuja comunicação internacional a convenção veio regular.

Nas suas observações ao projecto de programa da conferência de 1904, o Govêrno italiano propunha a supressão daquela fórmula e justificava a proposta com a seguinte observação: «A frase «em matéria civil e comercial», cuja supressão aqui é proposta, parece excluir a aplicação da convenção em matéria administrativa; esta exclusão não seria todavia justificada. O próprio título da convenção basta para excluir a sua aplicação em matéria penal, onde algumas das suas regras poderiam porventura despertar legítimas preocupações» (1).

Referindo-se à proposta italiana, escreveu a comissão de 1904: «O Govêrno italiano propõe a supressão das palavras *em matéria civil e comercial*, pela razão de que estas palavras parecem excluir a aplicação da convenção em matéria administrativa; esta exclusão não seria justificada, limita-se a dizer o Govêrno italiano: ... A comissão pensa que as palavras *em matéria civil e comercial* devem ser mantidas, para evitar equívocos. Não quere isto dizer que as matérias administrativas fiquem inteiramente de fora da convenção. Importa distinguir. Uma jurisdição administrativa pode ter de conhecer de questões do mesmo género das que se apresentam perante os tribunais civis ordinários (por exemplo, um processo entre um particular e uma administração pública relativo à execução de um fornecimento); não há razão para que as notificações a fazer a respeito de processos desta natureza não possam fazer-se em conformidade das disposições do nosso capítulo. As expressões que se pretende suprimir são muito amplas e não compreendem apenas os assuntos que são da competência dos tribunais civis ou dos tribunais de comércio nos países em que há uma jurisdição administrativa. De outro modo, haveria entre os Estados contratantes uma desigualdade que nada justificaria: as notificações dos actos judiciais poderiam fazer-se de um modo

(1) *Documents*, de 1904, pág. 4, 270 e 271.

mais amplo quanto aos países que não têm jurisdição administrativa do que quanto àqueles que a têm. Sempre que os interesses privados estiverem em jôgo, aplica-se a convenção, seja qual for a natureza da jurisdição, pois de outro modo entrar-se-ia no domínio da legislação interna» (1).

Êste trecho do relatório da comissão de 1904 esclarece inteiramente o pensamento da convenção. A esfera de aplicação desta, quanto à matéria sôbre que podem versar os actos cuja comunicação internacional ela veio regular, é delimitada pela natureza dos interesses a que os actos respeitam, compreendendo os actos relativos a *interesses privados*, independentemente da natureza da jurisdição que conheça das questões relativas a êsses interesses.

2.º) *Destino dos actos.* O projecto da comissão de 1893 empregava a fórmula *comunicação de actos judiciais*, em vez da fórmula actual — *comunicação de actos judiciais e extrajudiciais*. Contudo, na discussão do artigo 1.º do projecto em assemblea geral da conferência, o delegado francês Renault fez as seguintes observações: «Em francês, entende-se por actos judiciais os actos relativos a um processo; a constituição em mora, por exemplo, pode resultar de uma notificação (sommation), que é um acto extrajudicial; é evidente que a comissão teve a intenção de compreender os actos desta natureza na fórmula «actos judiciais». O fim seria melhor atingido fazendo-se menção também dos actos extrajudiciais» (2).

Ninguém levantou objecções às observações de Renault e, por isso, a comissão de redacção substituiu a fórmula do projecto primitivo pela fórmula — *actos judiciais e extrajudiciais* (3), que passou para a convenção de 1896 e daí para a convenção actual.

A fórmula adoptada mereceu à comissão de 1904 êste simples comentário: «As palavras *actos judiciais e extrajudiciais* têm um alcance muito largo; referem-se não sòmente à jurisdição contenciosa, mas também à jurisdição voluntária ou graciosa, como fôra indicado nas deliberações de 1893. Nenhuma dificuldade poderá levantar-se a êste respeito» (1).

(1) *Actes*, IV, pág. 81.
(2) *Actes*, I, pág. 56.
(3) *Actes*, I, pág. 67, e *Protocole final*, pág. 2.

Huisman, procurando determinar o sentido daquela fórmula, escreve: «O tratado não estipula apenas a respeito das petições para citação (exploits d'assignation, de citation, d'appel), mas a respeito de qualquer acto que importe notificar a uma pessoa residente no estranjeiro, para fins jurídicos, como — a notificação do fim do arrendamento (congé de bail), a intimação ou participação de um protesto, todos os *actos extrajudiciais*» (2).

Em face de todos estes elementos de interpretação e de esclarecimento da convenção, vê-se que o artigo 1.º abrange tanto a notificação dos actos que constituem elementos de um processo judicial, como a citação do réu, a intimação da sentença, etc., sendo estes actos que a convenção denomina *judiciais*, como a *notificação avulsa* de actos cujo conhecimento deve ser dado ao notificado, quer para êste poder exercer um direito, como o direito de preferência na compropriedade (Código civil, artigo 1566.º), quer para o notificante poder exercer um direito, como a faculdade de exigir perdas e danos nas obrigações sem prazo certo (Código citado, artigo 711.º, n.º 2.º), ou ficar isento de uma obrigação, como acontece, por exemplo, com a notificação feita pelo inquilino ao senhorio para pôr termo ao arrendamento (decreto n.º 5411 de 17 de abril de 1919, artigo 79.º), constituindo esta segunda categoria de actos o que na convenção se designa por *actos extrajudiciais*, sendo considerados tais os actos de *origem particular*, embora transitem pela *via judicial* para chegarem ao conhecimento da pessoa que deve ser notificada.

O molde da convenção é assim de uma grande amplitude, adaptando-se a todos os actos que, em matéria civil ou comercial, possam ou devam ser notificados, segundo as leis internas dos Estados contratantes, a pessoas que se encontrem em país estranjeiro.

c) *Autoridade competente para receber e para transmitir o pedido de notificação.* Para determinar a autoridade competente para receber o pedido, é indispensável

(1) *Actes*, IV, pág. 84.
(2) *Revue de droit international et de législation comparée*, 1900, pág. 321.

distinguir entre os Estados que declararam desejar receber os pedidos de notificação pela via diplomática e aqueles que não fizeram tal declaração.

Quanto aos Estados que fizeram a declaração, isto é, Portugal e a Ruménia, a competência cabe ao ministro dos negócios estranjeiros ou à entidade que for órgão de comunicação diplomática com os Governos estranjeiros.

Quanto aos Estados que não fizeram declaração, as autoridades são as seguintes: 1.°) *Belgica* — procurador do rei competente; 2.°) *Dinamarca* — em Copenhague, o conselho municipal e, fora da capital, a prefeitura da residência do notificando; 3.°) *Espanha* — presidentes das audiências territoriais; 4.°) *Holanda* — oficial de justiça do tribunal de distrito; 5.°) *Noruega* — presidente do tribunal de primeira instância na Christiania e em Bergen, quando o destinatário resida nestas cidades, e o *Byfoged* ou, na sua falta, o *Sorenskriver*, nas outras terras; 6.°) *Rússia* — em regra, os governadores das províncias; 8.°) *Suécia* — os governadôres de Stockolmo ou das províncias, segundo a residência do destinatário (1).

Quanto à competência para expedir os pedidos de notificação, importa também distinguir entre os Estados que declararam optar pela via diplomática e os que não fizeram declaração alguma nesse sentido.

Quanto aos primeiros, a autoridade competente dos outros Estados para expedir os pedidos de notificação, como estes devem seguir pela via diplomática, é naturalmente a autoridade que em cada Estado constitui o órgão de comunicação diplomática com os outros Estados, quer de um modo geral para com quaisquer Estados, isto é, em regra, o ministro dos negócios estranjeiros, quer de um modo especial a respeito de um Estado determinado, isto é, o agente diplomático junto dêste Estado.

Quanto aos Estados que não tenham declarado optar pela via diplomática, a autoridade dos outros Estados competentes para expedir imediatamente os pedidos de notificação é o agente consular do Estado requerente na circunscrição da

(1) Vide: Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1051, 1081 a 1083, 1091 e 1096 e seg.; Conf. Decreto espanhol de 17 de julho de 1909.

autoridade local competente para a receber. É a letra expressa do artigo 1.° da convenção.

d) *Conteúdo da petição e língua em que deve ser redigida.* As indicações que deve conter a petição estão apontadas na alínea 1.ª do artigo 1.° e são as seguintes: autoridade de quem emana o acto transmitido, o nome e a qualidade das partes, o enderêço do destinatário, e a natureza do acto de que se trata. Nenhum esclarecimento exige a compreensão do texto.

Segundo os artigos 1.°, 3.°, 8.° e 19.° da convenção, os pedidos de notificação, as cartas rogatórias e as sentenças de condenação em custas, que tenham por fim a comunicação de um acto, a realização de uma diligência judiciária e a execução por custas num dos Estados contratantes, e que provenham de outro dêstes Estados, podem ser redigidos quer na *língua do Estado requerido*, quer na *língua convencionada* entre o Estado requerente e o Estado requerido, quer na *língua do Estado requerente*, se forem *acompanhados* de *tradução* na língua do Estado requerido ou na língua convencionada.

Nas relações de Portugal com os actuais Estados contratantes, nenhuma convenção existe sôbre o assunto. Existiam acordos com a Hungria e com a Austria, respectivamente de 16 de julho de 1913 e de 18 de junho de 1914, os quais deixaram naturalmente de vigorar com a convenção principal (1).

e) *Meio de resolver as dificuldades que pode levantar o pedido de notificação.* Na alínea 2.ª do artigo 1.°, determina a convenção que serão resolvidas pela via diplomática todas e quaisquer dificuldades que ocorrerem a respeito da petição do cônsul. Referindo-se a êste preceito, a comissão de 1904 escreve o seguinte: «Se o pedido levantar dificuldades entre o cônsul e a autoridade requerida, se esta, designadamente, pretender encontrar-se no caso do artigo 4.° do projecto (2), não poderá a questão ser resol-

(1) Supra, pág. 117, nota 2.

(2) É o artigo 4.° da convenção, que dispõe o seguinte: «A efectuação da notificação prevista nos artigos 1.°, 2.° e 3.° não poderá ser recusada senão quando o Estado em cujo território ela devesse ser feita a julgar atentoria da sua soberania ou da sua segurança».

vida entre o cônsul e a autoridade local; deve recorrer-se à via diplomática» (1).

Como nota Huisman (2), o preceito parece racional, pois se trata de um acto que o Govêrno do Estado requerido é chamado a realizar, em virtude das suas atribuïções políticas, dentro do território onde concorre para o exercício da soberania.

f) *Prova da notificação ou impossibilidade de a realizar.* Na última parte da alínea 1.ª, determina o art. 1.º da convenção que a autoridade requerida deverá enviar ao cônsul requerente o dòcumento comprobativo da notificação ou indicativo do facto que a houver impedido. Quis a convenção que a autoridade requerente tivesse a certeza de uma de duas coisas: ou da realização da notificação, ou do motivo que a impediu. Para êsse efeito, impôs à autoridade requerida a obrigação de enviar à autoridade requerente documento comprovativo de um dos dois factos, sob pena de sujeitar o Estado requerido a responder perante o Estado requerente pelo não cumprimento de tal obrigação.

289 — Estabelecido o princípio geral da comunicação dos actos judiciais ou extrajudiciais, indica a convenção, nos artigos 2.º e 3.º, a autoridade competente para notificar êsses actos e o modo por que a autoridade requerida deve fazer a notificação. Eis a letra dêsses artigos:

Artigo 2.º *A notificação será feita por diligência da autoridade competente do Estado requerido; a qual, salvos os casos previstos no artigo 3.º, poderá limitar-se a efectuar a notificação pela entrega do acto ao destinatário que voluntàriamente o aceitar.*

Artigo 3.º *Se o acto a notificar for redigido, quer na língua da autoridade requerida, quer na língua convencionada entre os dois Estados interessados, ou se for acompanhado de tradução em uma destas línguas, a autoridade requerida, quando na petição for expresso tal*

(1) *Actes*, IV, pag. 85.
(2) *Revue* cit., pág. 331.

desejo, fará notificar o acto na forma prescrita na sua legislação interna para a efectuação de notificações análogas, ou em forma especial, contanto que não seja contrária a essa legislação.

Se tal desejo não for expresso, a autoridade requerida procurará primeiramente efectuar a entrega nos termos do artigo 2.º.

Salvo acôrdo em contrário, a tradução prevista na precedente alínea será autenticada pelo agente diplomático ou consular do Estado requrente ou por tradutor ajuramentado do Estado requerido.

A leitura dêstes preceitos mostra que por três *formas* pode ser feita a notificação de um acto a uma pessoa residente em país estranjeiro: *a*) simples entrega do acto ao destinatário; *b*) emprêgo do processo competente da lei local para fazer notificações análogas; *c*) emprêgo de um processo especial indicado na petição.

a) *Simples entrega do acto ao destinatário.* O meio mais simples de fazer uma notificação é certamente a entrega do acto, sem mais formalidades, ao destinatário que voluntàriamente o aceitar. É também êsse o primeiro processo de notificação regulado pela convenção. Vejamos, por isso, os termos em que êsse processo é regulado.

1.º) *Competência para mandar fazer a notificação.* Diz o texto que a notificação será feita por diligência da autoridade competente do Estado requerido.

E qual deverá ser esta autoridade? Não pode deixar de ser a autoridade a quem a lei do Estado requerido dê em geral competência para mandar fazer notificações ou a quem se atribua competência para levar a efeito as notificações pedidas por autoridades estranjeiras.

Entre nós, a autoridade competente é, à falta de disposição especial em contrário, o juiz competente para ordenar as notificações pedidas e a fazer em território português (Código de processo civil, artigo 180.º) (1).

(1) Importa notar que, na convenção, a palavra *signification*, que a tradução oficial portuguesa verteu pela palavra *notificação*, tem o sentido geral de *aviso judicial*, compreendendo as três formas de aviso judicial

2.º) *Condições em que se aplica.* Em primeiro lugar, não pode haver dúvida de que se trata de um *processo geral* e de que, portanto, pode ser usado para notificar *quaisquer actos* judiciais ou extrajudiciais sôbre matéria civil ou comercial. A convenção não restringe e, por isso, é lícito o seu emprêgo, independentemente da natureza do acto a notificar, uma vez que êste esteja dentro dos limites gerais do tratado.

Em segundo lugar, é igualmente certo que é um *processo de ensaio*, cujo resultado depende da *vontade* do destinatário e cujo emprêgo não isenta do *recurso* a outro processo, se a sua aplicação não der resultado.

Em terceiro lugar, o processo da entrega voluntária pode ser empregado mesmo quando não exista segundo a lei interna comum do Estado requerido, quer em geral, quer em especial para a notificação do acto de que se trata. Em verdade, o preceito do artigo 2.º da convenção veio regular o modo de proceder das autoridades do Estado requerido, não sendo, por isso, um preceito de *direito internacional puro*, no sentido de regular apenas relações entre os Estados contratantes, deixando livre para êstes a regulamentação do modo de proceder das suas autoridades, mas estabeleceu um preceito de *direito uniforme* para os Estados contratantes, que estes implicitamente se obrigaram a observar e pelo qual, uma vez ratificada a convenção, se integrou, modificando-a, na lei de processo dos mesmos Estados.

Em quarto lugar, o processo pode ser empregado para notificar actos que, segundo a lei da autoridade requerida, não estejam sujeitos a notificação. É o corolário lógico do artigo 1.º da convenção. Êste artigo confere aos Estados contratantes o direito de pedir a notificação de actos relativos a matéria civil ou comercial, sem restrição alguma, e, por isso, deve atender-se que foi para todos os actos que, pela lei do Estado requerente, estejam sujeitos a notificação, para que produzam os seus efeitos.

Por fim, o processo da entrega voluntária não pode ser empregado quando na petição se exprima o desejo de que

reconhecidas pela nossa lei — *citação, intimação,* e *notificação* propriamente dita. É também neste sentido amplo que temos empregado e continuaremos a empregar no texto a palavra *notificação*. Conf. Dias Ferreira, *Código de processo civil anotado*, I, pag. 261.

se proceda segundo o processo estabelecido pela lei da autoridade requerida para notificações análogas ou de que se adopte um processo especial indicado na petição. Em tal caso, tem de recorrer-se, de princípio, a um processo coactivo. É a letra expressa das alíneas 1.ª e 2.ª do artigo 3.º da convenção.

3.º) *Formalidades.* As formalidades do processo da entrega voluntária são as mais simples. Reduzem-se ou a uma ordem da autoridade requerida mandando entregar a notificação ao destinatário, mediante a cobrança de um recibo por êle passado (Convenção, artigo 5.º), ou àquela ordem, certificando a mesma autoridade o facto, a forma e a data da notificação (artigo cit.), ou entregando a notificação a própria autoridade requerida, cobrando recibo ou certificando a entrega, ou usando-se qualquer outra formalidade estabelecida pela lei interna do Estado requerido. O que é essencial é que a entrega seja feita e que se prove que o destinatário aceitou voluntàriamente.

Esta maleabilidade de processo resulta não só da letra do artigo 2.º, que, nessa parte, não restringe a acção da lei interna, mas também dêste comentário que ao artigo fez a comissão de 1904: «Em princípio, pois, a entrega do acto realiza-se da maneira mais simples, sem formalidades e sem despesas. Será, por exemplo, uma autoridade policial que manda comparecer o destinatário e lhe entrega o documento mediante um recibo, ou será um agente da autoridade que entregará o documento no domicílio do destinatário, cobrando recibo. O fim é assim directamente atingido; é evidente que o mesmo acontecerá no caso de uma certidão do agente encarregado da entrega, se, por um motivo qualquer, não for passado recibo» (1).

Em face do que fica exposto, parece-nos que, entre nós, à falta de regulamentação especial, as coisas deverão passar-se do seguinte modo. O juiz de direito competente, logo que lhe seja apresentada a petição para a notificação, lançará aí despacho ordenando a sua entrega e esta será feita pelo oficial de diligências, ou mediante simples recibo passado pelo destinatário, ou certificando êle mesmo havê-la feito,

(1) *Actes*, IV, pág. 86.

nos termos gerais da lei de processo. Parece-nos suficiente o simples recibo passado pelo destinatário, embora a nossa lei geral de processo não estabeleça essa forma de certificar a realização da notificação, pois cremos que, nesse ponto, criou a convenção direito especial para a prova das notificações por ela reguladas. Quando, porém, o destinatário ou não passe recibo ou não consentir que intervenham testemunhas na certidão passada pelo oficial, não há evidentemente aceitação voluntária, a notificação não pode considerar-se feita e tem de recorrer-se a outro processo, se a petição vier escrita em língua portuguesa ou na língua convencionada, ou acompanhada de tradução numa destas línguas.

b) *Processo competente da lei local.* A segunda forma de processo por que a autoridade requerida pode realizar a notificação é o processo competente da lei local para fazer *notificações análogas*. Vejamos quais sejam as condições de aplicação, a extensão e as formalidades dêste processo.

1.°) *Condições de aplicação.* A primeira condição de aplicabilidade dêste processo é que a petição seja redigida quer na língua do Estado requerido, quer na língua convencionada entre o Estado requerente e o Estado requerido, ou que seja traduzida na língua do Estado requerido ou na língua convencionada, caso seja redigida na língua do Estado requerente (artigo 3.°, alínea 1.ª).

Cumpre notar que, quando a petição seja redigida na língua do Estado requerente e traduzida quer na língua do Estado requerido quer na língua convencionada, a tradução, salvo acôrdo em contrário entre o Estado requerente e o Estado requerido, deve ser autenticada nos termos da alínea 3.ª do artigo 3.°, isto é, deve ser autenticada pelo agente diplomático ou consular do Estado requerente ou por tradutor ajuramentado do Estado requerido (1).

Em segundo lugar, é necessário que na petição não seja formulado o desejo de que a notificação se faça segundo uma forma especial indicada na mesma petição, pois, em semelhante caso, a autoridade requerida deve realizar a notificação

(1) *Actes*, IV, pág. 87.

por essa forma, se não a julgar contrária à legislação local (artigo 3.°, alínea 1.ª).

Por fim, a autoridade requerida só deverá começar pelo emprêgo do processo competente da lei local se na petição for expresso o desejo de que assim se proceda. Se tal desejo não for formulado, deverá a mesma autoridade ensaiar o processo da entrega voluntária e, só não dando êsse processo resultado, é que deverá recorrer ao processo coactivo da sua lei, como acima dissemos (artigo 3.°, alíneas 1.ª e 2.ª).

2.°) *Extensão.* A extensão dêste processo é igual à extensão do processo da entrega voluntária, isto é, aplica-se a todos os actos que, em matéria civil ou comercial, dependam de notificação segundo as leis do Estado requerente. É a doutrina que resulta do artigo 3.°, alínea 1.ª, da convenção, que fala em *forma prescrita para notificações análogas*, o que mostra que não é indispensável que se trate de *actos idênticos*, bastando que o processo seja competente para a notificação de *actos semelhantes*. Sendo assim, os processos de notificação regulados na lei de cada um dos Estados contratantes ficam sendo competentes para os actos para que a mesma lei os estabeleceu e para os actos semelhantes que, pelas leis dos outros Estados, estejam sujeitos a notificação.

3.°) *Formalidades.* Sob o ponto de vista das formalidades, deixou a convenção inteiramente de pé as leis internas dos Estados contratantes. Uma vez pedida a notificação e dadas as condições de que depende o emprêgo do processo competente da lei local, a autoridade requerida deve seguir em tudo a *lex fori*.

c) *Processo especial indicado na petição.* Segundo a alínea 1.ª do artigo 3.°, pode a petição exprimir o desejo de que a notificação se faça segundo uma forma indicada na mesma petição e, por isso, quando semelhante desejo for expresso, a autoridade requerida não usará nem do processo da entrega voluntária, nem do processo coactivo da lei local estabelecido para notificações análogas, mas do processo indicado na petição.

Representa êste preceito um desvio interessante da regra de que a forma de processo é regulada pela *lex fori*. Resultou de uma proposta do Govêrno italiano (1), sendo o seu

(1) *Documents*, de 1904, pág. 6 e 272.

alcance indicado pelo delegado italiano Buzzati, que, repetindo em assemblea geral da conferência de 1904 à proposta italiana, dizia: «Esta disposição pode ser particularmente útil nos casos em que a lei do Estado requerente exija expressamente que a notificação seja feita à própria pessoa do notificando» (1).

O fim útil do preceito é, pois, tornar efectiva uma exigência da lei do Estado requerente quando essa exigência não exista segundo a lei do Estado requerido.

O uso do mesmo preceito está dependente de três condições: α) ser a petição redigida nos mesmos termos em que o deve ser para o emprêgo de um processo coactivo da lei local; β) ser expresso na petição o desejo de que a autoridade requerida proceda por uma forma especial indicada na mesma petição; γ) que esta forma especial não seja contrária à lei local.

Destas condições, apenas a última exige alguns esclarecimentos. Qual será o verdadeiro significado da fórmula — *contanto que não seja contrária a essa legislação?*

A convenção de 1896, no artigo relativo a rogatórias, estabelecera já um preceito semelhante, empregando a fórmula — *contanto que a forma de que se trata não seja proïbida por essa legislação.*

Na conferência de 1904, porém, foi esta fórmula substituída pela que hoje se lê no artigo 14.° da convenção, que é assim concebida — *contanto que essa forma não seja contrária à legislação do Estado requerido,* isto é, uma fórmula semelhante àquela cujo sentido queremos determinar.

Qual será, pois, o sentido da palavra *contrária,* que veio substituir a palavra *proïbida?*

Duas coisas são certas, em face do texto e dos trabalhos preparatórios. Em primeiro lugar, *contrária* não é o mesmo que *proïbida,* pois se usou da palavra *contrária* por a palavra *proïbida* ser exageradamente restrita (2). Depois, também *contrária* não quere dizer simplesmente *diversa,* pois o texto parte exactamente da hipótese de a petição indicar uma forma de processo diversa da prevista pela lei local.

(1) *Actes,* IV, pág. 67.
(2) *Actes,* IV, pág. 146.

Mas, dentro do limite mínimo — *forma proïbida* e do limite máximo — *forma diversa,* que representam duas *ideas negativas,* qual será a *idea positiva* indicadora do critério que há de seguir a autoridade requerida para empregar a forma especial designada na petição? Não é fácil determinar êsse critério, dada a fórmula vaga do texto. Cremos, porém, que os seus autores quiseram porventura dizer que a autoridade requerida não deverá empregar o processo de que se trata quando êle represente uma restrição da liberdade do notificando que seja contrária às garantias individuais estabelecidas pela lei local. Tratando-se, com efeito, de um processo coactivo diferente dos estabelecidos pela lei local, não poderá certamente empregar-se um meio de coacção que contrarie o sistema de garantias que ao direito local pareceram necessárias para defesa dos indivíduos que habitem o Estado local.

290 — As autoridades do Estado requerido são, em princípio, obrigadas a realizar a notificação, podendo, porém, excepcionalmente, recusar-se a realizá-la. É a doutrina que resulta do artigo 4.°, cuja letra é:

Artigo 4.° *A efectivação da notificação prevista nos artigos 1.°, 2.° e 3.° não poderá ser recusada senão quando o Estado em cujo território ela devesse ser feita a julgar atentatória da sua soberania ou da sua segurança.*

Êste preceito formula expressamente uma excepção ao princípio que resulta claramente do artigo 1.° e que pode indicar-se assim: a autoridade requerida tem obrigação de realizar a notificação quando esta lhe seja pedida nos termos previstos no tratado e não se dê alguma das circustâncias que autorizam a sua recusa.

A doutrina a estabelecer é, pois, a seguinte: em princípio, a autoridade requerida é obrigada a realizar a notificação; pode, porém, deixar de a realizar quando a julgue atentatória da soberania ou da segurança do Estado local.

O princípio é evidente.

A excepção, porém, exige algum desenvolvimento, para o efeito de dar a possível precisão à fórmula — *atentatória*

da sua soberania ou da sua segurança. Qual será, em verdade, o valor desta fórmula?

A fórmula já se lia no artigo 2.° da convenção de 1896, tendo sido organizada pela conferência de 1893. Não foi, porém, a primeira fórmula que apareceu nesta conferência e, por isso, vamos indicar a fórmula que a precedeu e as razões da substituïção da fórmula primitiva, pois tudo isso nos elucidará sôbre o significado do texto.

No projecto da comissão de 1893 era o assunto regulado dêste modo: «A autoridade requerida mandará fazer a notificação sem a examinar. Terá todavia cada Estado o direito de ordenar o seu exame por considerações de *ordem pública*». E o relatório explicava o preceito por estas palavras: «O artigo 3.° prescreve em geral que a autoridade requerida deverá mandar fazer a notificação sem examinar nem a natureza ou conteúdo do acto nem a competência da autoridade requerente. Ninguém poderá contudo opor-se a que cada Estado prescreva que as suas autoridades examinem se a comunicação de tal ou qual acto é contrária aos princípios do seu direito público. Poderia apresentar-se o caso, por exemplo, de a autoridade requerente pedir a citação de um soberano ou de um Govêrno estranjeiro perante um tribunal cuja competência devesse ser declinada, segundo as regras do direito constitucional ou do direito internacional. Em casos desta natureza, não poderia ser contestado o direito dos Governos de se oporem à realização do pedido de notificação» (1).

Eram, pois, considerações de *ordem pública* em geral que, no pensamento da comissão de 1893, podiam ser opostas à efectivação dos pedidos de notificação. E a fórmula genérica *ordem pública* ainda chegou a merecer o *placet* da conferência na primeira discussão do assunto em assemblea geral, pois, segundo se vê das actas (2), assentou-se em usar essa fórmula tanto em relação aos pedidos de notificação como a respeito de cartas rogatórias, cujo cumprimento dependia, segundo o artigo 8.° do projecto, de não serem contrárias às *disposições de ordem pública ou de direito*

(1) *Actes*, I, pág. 64.
(2) *Actes* I, pág. 66.

público, resolvendo-se riscar as palavras «ou de direito público» (1).

Não foi, porém, a fórmula *ordem pública* a afinal adoptada pela conferência, pois no projecto organizado pela comissão de redacção apareceu a fórmula — *atentatória da sua soberania ou da sua segurança*, tanto acêrca de notificações como acêrca de cartas rogatórias (2), fórmula que mereceu a aprovação da conferência (3), passando para a convenção de 1896 e para a convenção actual.

A razão da substituïção da fórmula primitiva lê-se no relatório da comissão de 1894 e pode resumir-se nas seguintes considerações.

Por um lado, as conferências partiram da idea de que nem todos os pedidos de notificação podiam ser atendidos, nem todas as rogatórias podiam ser cumpridas; por outro lado, entenderam que não podia ficar no pleno arbítrio da autoridade requerida deixar de fazer uma notificação ou deixar de cumprir uma rogatória. Daí a necessidade de uma fórmula que salvaguardasse o interesse do Estado local, quando êsse interesse devesse ser salvaguardado, mas que não tivesse tamanha elasticidade que pudesse prestar-se a embaraçar a regular execução do tratado. Abandonou-se, por isso, a fórmula genérica — *ordem pública*, adoptando-se a fórmula mais precisa — *soberania ou segurança*, para pôr de lado a idea de que poderia ser obstáculo à realização dos pedidos de notificação ou ao cumprimento das rogatórias qualquer preceito imperativo das leis locais, e afirmar a doutrina de que êsse obstáculo só pode resultar de uma ofensa à soberania ou à segurança do Estado, indo a notificação ou a rogatória de encontro a alguma lei cuja violação abale as bases da ordem social ou constitucional do Estado.

A convenção foi, assim, organizada no espírito de que se reduzissem ao mínimo as recusas. Só, pois, quando haja evidente atentado contra a soberania ou contra a segurança do Estado é que a recusa será legítima (4).

(1) *Actes*, I, pág. 56 e 57.
(2) *Actes*, I, pág. 67 e 68.
(3) *Actes*, I, *Protocole final*, pág. 2.
(4) *Actes*, II, pág. 51 e 52.

291 — O natural interesse que pode haver em adquirir a certeza de que foi feita a notificação, explica o artigo 5.º da convenção, em que é regulado o modo de provar a mesma notificação, nestes termos:

Artigo 5.º. *A prova da notificação far-se há, ou por meio de um recibo, datado e legalizado, do destinatário, ou por meio de um certificado da autoridade do Estado requerido, consignando o facto, a forma e a data da notificação.*

Se o acto a notificar tiver sido transmitido em duplicado, o recibo ou o certificado deverá ser exarado num dos duplicados ou a êle apenso.

Uma vez realizada a notificação, deve a autoridade requerida enviar à autoridade requerente, pela via competente, a prova da notificação.

É a forma desta prova que vem regular o artigo 5.º da convenção, cujo cumprimento não dá lugar a grandes dúvidas.

A prova pode ser feita por duas formas, ou mediante *recibo*, datado e legalizado, do destinatário; ou mediante *certificado* da autoridade requerida, que consigne o facto, a forma e a data da notificação.

O emprêgo de uma ou outra forma depende da lei interna do Estado requerido, quando, para efeituar a notificação, se adopte o processo empregado pela mesma lei, ou da lei do Estado requerente, quando na petição se indique um processo especial para fazer a notificação e a autoridade requerida não considere êsse processo contrário à sua legislação.

Duas coisas exige, porém, o artigo 5.º que se façam: 1.º) que o recibo do destinatário seja *legalizado;* 2.º) que, no caso de o acto a notificar ser transmitido em duplicado, o recibo ou certificado seja exarado num dos duplicados ou a êle apenso.

1.º) Exige a convenção que o recibo seja *legalizado*. Quere com isso, certamente, significar que seja *reconhecido*, em harmonia com a lei local.

2.º) A alínea 2.ª do artigo 3.º da convenção de 1896 determinava que o recibo ou certificado seria transcrito ou junto a um dos duplicados, para êsse fim transmitido, do acto a

notificar, o que parecia indicar que era necessária a transmissão do acto em duplicado pela autoridade requerente à autoridade requerida. A convenção actual, porém, empregando a fórmula — *se o acto a notificar tiver sido transmitido em duplicado*, quis claramente indicar que o duplicado era facultativo.

292 — Além dos três *meios oficiais* de comunicação internacional de actos judiciais e extrajudiciais — a via consular, a via diplomática e a comunicação directa, admitiu a convenção três *meios oficiosos*, como lhes chama Huisman, os quais estão indicados no artigo 6.º, cuja letra é

Artigo 6.º. *As disposições dos artigos precedentes não obstam:*

1.º à faculdade de enviar quaisquer actos directamente pela via postal aos interessados que se encontrem no estranjeiro;

2.º à faculdade de os interessados promoverem notificações directamente por diligência dos oficiais públicos competentes do país destinatário;

3.º à faculdade de cada Estado promover directamente, por diligência dos seus agentes diplomáticos ou consulares, as notificações destinadas às pessoas que se encontrem no estranjeiro.

Em cada um dêstes casos, a faculdade prevista não se dará senão quando a permitirem as convenções celebradas entre os Estados interessados, ou quando, na falta de convenções, se lhe não opuser o Estado em cujo território a notificação dever ser feita. Êste Estado não poderá opor-se-lhe quando, no caso da alínea 1.ª, n.º 3.º, o acto dever ser notificado sem coacção a um nacional do Estado requerente.

Os três meios oficiosos são, pois: 1.º) a via postal; 2.º) a simples intervenção da autoridade local; 3.º) e a intervenção directa dos cônsules.

a) *Via postal.* Segundo já tivemos ocasião de dizer (1),

(1) Supra, n.º 216.

há legislações, como a belga, que, no caso de a pessoa a notificar residir em país estranjeiro, mandam enviar a notificação pelo correio. É um processo de notificação que a convenção quis legitimar, embora não impusesse aos Estados contratantes o seu reconhecimento.

b) *Simples intervenção da autoridade local.* Tendo a notificação por fim dar conhecimento de um acto a uma pessoa, compreende-se fàcilmente que, quando o notificando se encontre em país estranjeiro, o notificante, em vez de se dirigir à autoridade do seu país, para esta transmitir o acto à autoridade estranjeira, recorra directamente a esta para ela fazer a notificação. O resultado é o mesmo, e o meio de o obter é mais simples, pois se evitam as delongas da intervenção da autoridade do Estado do notificante. Pode, por isso, dizer-se que foi também para simplificar as notificações a fazer a pessoas residentes em país estranjeiro que a convenção reconheceu êste meio oficioso de notificação.

c) *Intervenção directa dos cônsules.* Pelo artigo 1.º, os cônsules são apenas *agentes intermediários* da transmissão às autoridades locais dos actos a notificar. Pelo artigo 6.º, podem ser *agentes directos,* fazendo êles mesmo a notificação. Trata-se igualmente de um meio de simplificação, pois é dispensada a intervenção da autoridade local.

O uso dos três meios oficiosos de notificação depende, porém, de uma das duas condições: 1.º) ou de o permitirem convenções especiais concluídas entre os Estados contratantes; 2.º) ou de, na falta de convenção, se não opor o Estado em cujo território a notificação dever ser feita.

1.º) Nas relações de Portugal com os Estados contratantes, nenhuma convenção existe que regule o assunto e, por isso, o uso a fazer das faculdades conferidas pelo artigo 6.º, quer quanto a portugueses em país estranjeiro, quer quanto a estranjeiros em Portugal, depende do direito comum de Portugal e dos demais Estados contratantes.

2.º) Na falta de convenção especial, os meios oficiosos podem ser empregados se o Estado local a isso se não opuser.

A oposição deverá, porém, ser *expressa,* ou poderá ser *tácita?*

Êste ponto, se não inteiramente esclarecido, foi tratado nos trabalhos preparatórios. Lê-se, com efeito, no relatório da comissão de 1904: «Segundo o artigo actual (o artigo 4.º da convenção de 1896), a faculdade prevista só existe se as leis dos Estados interessados ou convenções especiais a admitirem. Notou-se, e com razão, que a maior parte das vezes as leis guardam silêncio a êste respeito e que o importante é saber se o Estado em cujo território a notificação deve ser feita se não opõe. Demais, há um caso de notificação muito simples, muito prática, prevista na alínea 3.ª, em que é afastada a faculdade de oposição: é o da entrega directa da notificação pelos agentes diplomáticos ou consulares aos seus nacionais. Trata-se, bem entendido, de uma entrega amigável, sem coacção. Por acôrdo expresso ou tácito, poder-se há, naturalmente, ir mais longe e permitir que os agentes diplomáticos ou consulares façam por êste modo notificações a nacionais de terceiros Estados» (1).

Também o assunto foi versado na discussão em assemblea geral da conferência. Eis o que consta das actas: «O presidente pergunta por que forma deverá ser feita a oposição prevista pela alínea 3.ª. Será necessário que o Estado que pretenda opor-se a qualquer dos modos de notificação previstos no artigo publique uma disposição legal proïbitiva sôbre o assunto? Mr. Renault, relator, responde que a mesma fórmula foi empregada no artigo 6.º da convenção relativa ao casamento, a respeito dos casamentos diplomáticos ou consulares. Parece-lhe evidente que uma nota diplomática bastará para formular a oposição, cujos pormenores a convenção não precisa de regular. Uma disposição legislativa não é certamente necessária. Pertence a cada Estado resolver por que forma lhe convém fazer conhecer a sua oposição» (2).

Destas passagens parece resultar a doutrina de que a oposição deve ser *expressa,* pois o relator, se disse que não era precisa uma *lei* formalmente proïbitiva, acrescentou que bastava uma *nota diplomática* ou qualquer forma por que o Estado local julgasse conveniente *tornar conhecida* a sua oposição, o que dá a entender que o Estado pode escolher a forma de oposição, uma vez que torne esta conhecida, isto é, uma vez que a oposição seja expressa.

(1) *Actes* IV, pág. 88 e 89.
(2) *Actes* IV, pág. 68.

Sendo assim, o que importa é saber quais foram os Estados contratantes que declararam expressamente a sua oposição.

Dos três meios oficiosos de realizar a notificação de actos judiciais ou extrajudiciais, há um a respeito do qual cremos não ter sido feita pelos Estados contratantes qualquer declaração no sentido de se oporem ao seu emprêgo. É o segundo, que consiste em o interessado promover directamente a notificação por diligência dos oficiais públicos ou funcionários do Estado local.

Quanto aos outros dois — *via postal* e *intervenção directa dos agentes diplomáticos ou consulares*, houve declarações.

Pelo que respeita à via postal, vê-se da circular do ministro da justiça da Bélgica, de 30 de abril de 1909, e das instruções do ministro de Estado do Luxemburgo de 5 de agosto de 1909 que apenas a Bélgica e o Luxemburgo se não opuseram à transmissão de notificações pela via postal (1).

Relativamente à intervenção dos agentes diplomáticos e consulares, vê-se das circulares do ministro da justiça francês de 20 de janeiro de 1910 (2) e de 10 de fevereiro do mesmo ano (3); 1.°) que a Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Portugal e Suíça declararam que os agentes diplomáticos e consulares apenas poderiam notificar actos judiciais e extrajudiciais aos seus nacionais; 2.°) que a Suécia declarou que aqueles agentes poderiam transmitir notificações a pessoas de qualquer nacionalidade; 3.°) e que a Itália, Noruega e Rússia não fizeram declaração alguma, o que parece significar, segundo dissemos, que admitem semelhante forma de notificação a pessoas de qualquer nacionalidade.

293— A convenção termina o regime das notificações com um preceito relativo a custas, que é o

Artigo 7.° *As notificações não poderão dar lugar a reembôlso de taxas ou custas de qualquer natureza que sejam.*

(1) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1073 e 1126.
(2) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1085 e seg.
(3) *Revue Darras — de Lapradelle*, 1910, pág. 240.

Todavia, salvo acôrdo em contrário, o Estado requerido terá o direito de exigir do Estado requerente o reembôlso das custas ocasionadas pela intervenção de um oficial público ou pelo emprêgo de uma forma especial nos casos do artigo 3.°.

A convenção de 1896 nada dizia a respeito de custas. Já, porém, em face do seu artigo 3.°, que dispunha que a notificação não poderia ser recusada, a não ser que o Estado local a julgasse atentória da sua soberania ou da sua segurança, podia sustentar-se que as notificações deviam ser feitas gratuitamente, como entre nós o sustentou o snr. Visconde de Carnaxide a respeito do cumprimento de rogatórias, em face do artigo 7.° da mesma convenção, que indicava os casos em que a rogatória podia deixar de ser cumprida, entre os quais não se lia a falta do pagamento de custas (1).

A convenção actual resolveu a questão directamente no artigo 7.°. Representa êste artigo o resultado da conciliação entre duas correntes encontradas que apareceram na conferência de 1904. Dessas duas correntes e dos termos em que a comissão procurou conciliá-las, dá-nos conta o relatório da mesma comissão nesta passagem: «A delegação alemã propôs uma emenda segundo a qual "as notificações não poderão dar lugar à restituïção de taxas ou de custas". A delegação húngara tinha apresentado uma emenda no mesmo sentido. As duas delegações invocam diversas considerações em apoio da sua proposta: a vantagem de simplificar as relações dos Estados contratantes, evitando reclamações de somas pouco importantes; e a necessidade de assegurar uma exacta reciprocidade, que hoje não existe, pelo facto de as custas das notificações variarem muito de país para país. A emenda encontrou, porém, a oposição formal de certos delegados, que sustentaram que não havia razão para que os particulares não pagassem as custas das notificações feitas no seu interesse e notaram, além disso, que não havia no seu país verba pela qual fossem pagos os oficiais públicos cuja intervenção se tornasse necessária. Chegou-se à transacção que consiste em as notificações se

(1) *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume XXI, pág. 697.

fazerem gratuitamente, quando não for necessário quer a intervenção de um oficial público quer o emprêgo de uma forma especial nos termos do artigo 3.º. Conseguintemente: gratuidade em caso de entrega amigável, e a entrega amigável deve ser sempre tentada, salvo pedido contrário da autoridade requerente. Os Estados contratantes podem convencionar que nada reclamarão uns aos outros pelas notificações respectivas» (1).

Quais serão, porém, os meios de notificação a que se refere o artigo 7.º, ao estabelecer o regime das custas por notificações? Serão apenas os meios oficiais regulados nos artigos 1.º a 5.º? Ou serão também os meios oficiosos, indicados no artigo 6.º?

A' primeira vista, podia parecer que o artigo se refere tanto a uns como a outros, pois aparece na convenção depois dos preceitos que os regulam a todos. Cremos, porém, que êste argumento, derivado da posição do artigo, não tem importância e que o regime do artigo 7.º se refere apenas aos meios oficiais da via consular, da via diplomática e da comunicação directa, pela razão simples de que o artigo fala em Estado requerente e em Estado requerido, e só nos meios oficiais é que aparece a autoridade de um Estado a pedir a notificação às autoridades de outro Estado, segundo um regime de cooperação das mesmas autoridades. Nos meios oficiosos, não há cooperação das autoridades de um Estado requerente e de um Estado requerido, mas a simples intervenção da autoridade do Estado donde parte o acto a notificar ou da autoridade do Estado onde a notificação deve ser feita e, por isso, parece-nos certo que êsses processos não são abrangidos pelo artigo, ficando sujeitos ao direito comum do Estado cuja autoridade expeça o acto a notificar, se se adoptar a remessa pelo correio (artigo 6.º, n.º 1.º), ou faça a notificação, quer esta seja feita pelas autoridades locais a requerimento dos interessados (artigo 6.º, n.º 2.º) quer o seja pelos cônsules (artigo 6.º, n.º 3.º).

294—A convenção da Haia de 29 de julho de 1899, elaborada pela *Conferência de paz* de 1899, criou (art. 20.º a 57.º), e a convenção da Haia de 18 de outubro de 1907, elaborada pela *Conferência da paz* de 1907, manteve (artigo 41.º a 90.º) um *Tribunal permanente de arbitragem*, destinado a resolver os litígios que os Estados contratantes houvesem por bem submeter ao seu julgamento (Convenção de 1907, artigo 37.º a 40.º).

(1) *Actes*, IV, pag. 89.

Nos processos pendentes perante o tribunal pode aparecer a necessidade de fazer *notificações* no território dos Estados estranhos ao conflito, designadamente no território do Estado em que o tribunal funcione, que, em regra, é na Holanda, na cidade da Haia (Convenção cit., artigo 43.º e 52.º), e daí o preceito do artigo 76.º da convenção de 1907, assim redigido:

«Para todas as notificações que o tribunal precise fazer no território de uma terceira potência contratante dirigir-se há imediatamente ao Govêrno dessa potência. O mesmo se dará quando se torne necessário proceder à verificação de qualquer meio de prova.

«Os pedidos formulados para êste fim serão executados segundo os meios de que, segundo a sua legislação, disponha o Estado requerido. O seu cumprimento só poderá ser recusado quando o mesmo Estado os considere atentatórios da sua soberania ou da sua segurança.

«O tribunal terá sempre também a faculdade de recorrer à intervenção do Estado em cujo território tiver a sede».

É fácil notar que existe uma certa semelhança entre êste regime e o regime da convenção de 1905. Há, porém, a notar uma particularidade interessante, explicável pela natureza internacional do tribunal. É que êste pode pedir a prática da diligência directamente ao Govêrno do Estado em que ela tenha de ser praticada, podendo embora também pedir a prática da diligência por intermédio do Govêrno do Estado onde funciona.

Êste segundo meio é claramente um meio diplomático, análogo à via diplomática normal. O primeiro é também um meio diplomático, pois que os membros do tribunal têm a categoria de agentes diplomáticos (Convenção cit., art. 46.º), mas representa um meio diplomático *sui generis*, determinado pela natureza do tribunal.

Procedeu de modo aproximado o protocolo de 16 de dezembro de 1920, que regulou a organização, competência e

funcionamento do *Tribunal permanente de justiça internacional* da Sociedade das nações, cujo artigo 44.º dispõe:

«Para as notificações a fazer a quaisquer pessoas que não sejam os representantes das partes (agents, conseils et avocats), dirigir-se há o tribunal imediatamente ao Govêrno do Estado dentro de cujo território a notificação dever produzir efeito.

«Procederá do mesmo modo quando for necessário verificar qualquer meio de prova no território de determinado Estado».

295 — Depois da comunicação internacional de actos judiciais ou extrajudiciais, regula a convenção o princípio da assistência judiciária internacional pela execução de cartas rogatórias, dando carácter obrigatório e imprimindo a possível uniformidade e simplicidade a uma prática já de há muito seguida nas relações dos Estados civilizados.

O princípio do reconhecimento das rogatórias está formulado no artigo 8.º, cuja letra é:

Artigo 8.º *Em matéria civil ou comercial, a autoridade judicial de um Estado contratante poderá, em conformidade das disposições da sua legislação, dirigir-se por carta rogatória à autoridade competente de outro Estado contratante, pedindo-lhe proceda, nos limites da sua jurisdição, a um acto de instrução ou a outros actos judiciais.*

Os dois traços fundamentais da vida moderna — a emigração e as trocas internacionais — podem trazer a conseqüência de que, para instruir processos pendentes nos tribunais de um país, se torne necessário praticar diligências judiciais em outro país, e daí a necessidade da cooperação dos tribunais dos diferentes Estados para, em muitos casos, ser possível a boa administração da justiça.

Esta necessidade produziu a prática internacional das cartas rogatórias, as quais constituíam já um dos assuntos regulados na convenção de 14 de novembro de 1896 e constituem uma das matérias da convenção revista de 1905.

Regula a convenção as rogatórias em *matéria civil e comercial*, tendo esta fórmula neste lugar o mesmo alcance

que tem no artigo 1.º, relativo à comunicação internacional de actos judiciais e extrajudiciais, a que já nos referimos com algum desenvolvimento. Em harmonia com o que então dissemos, podemos afirmar que a convenção estabelece o regime de todas as rogatórias que sejam destinadas à prática de diligências judiciais respeitantes a *interesses privados*, independentemente da natureza da jurisdição de que emane a carta, quer seja de um tribunal civil, quer seja de um tribunal comercial, quer seja mesmo de um tribunal administrativo, uma vez que estatua sôbre interesses privados (1).

A *competência* para expedir as cartas rogatórias cabe naturalmente à autoridade perante a qual correr o respectivo processo e, por isso, é, também naturalmente, regulada pela lei do Estado rogante.

As formalidades a que devem satisfazer as cartas são reguladas pela mesma lei. É a doutrina que resulta claramente da letra do artigo 8.º, quando diz que a autoridade judicial de um Estado contratante pode, em *conformidade das disposições da sua legislação*, dirigir-se por carta rogatória à autoridade competente de outro Estado contratante.

O *fim* das cartas é indicado pela fórmula daquele artigo — *actos de instrução ou outros actos judiciais*. Com o intuito de esclarecer esta fórmula, escreveu a comissão de 1904: «A delegação norueguesa, sem fazer qualquer proposta, perguntou se as palavras *acto de instrução, outros actos judiciais*, não poderiam compreender actos a respeito dos quais se não teve evidentemente a intenção de os sujeitar às regras contidas nesta parte da convenção. Não parece necessário definir as palavras empregadas tradicionalmente nesta matéria; trata-se, em regra, da inquirição de testemunhas, da prestação de juramento, de exames de peritos, de inspecção ou inquirição num lugar (descente sur les lieux), de exame dos livros de um comerciante. Isto não compreende evidentemente as notificações de actos judiciais a fazer no estranjeiro, visto que as notificações são reguladas pelos artigos 1.º e seguintes do projecto» (2).

Em face do texto e do seu comentário oficial, dois pontos

(1) Supra, pág. 275.
(2) *Actes*, IV, pág. 92.

são, pois, certos: *primo*, podem ser objecto das rogatórias quaisquer actos de instrução ou outros actos judiciais; *secundo*, não pode ser objecto das mesmas rogatórias a simples notificação de actos judiciais, podendo portanto sê-lo qualquer diligência judicial que não represente a simples notificação de um acto judicial.

Isto, porém, apenas tem importância a respeito, pròpriamente, da aplicação do regime do que a convenção chama cartas rogatórias. Não a tem a respeito do nome de cartas rogatórias, que a legislação de cada um dos Estados contratantes pode dar aos pedidos de citação, intimação ou notificação, como acontece com a legislação portuguesa.

296 — O sistema da convenção acêrca da transmissão das rogatórias é assim estabelecido no

Artigo 9.º *As cartas rogatórias serão transmitidas pelo cônsul do Estado requerente à autoridade que for designada pelo Estado requerido. Esta autoridade enviará ao cônsul o documento comprovativo do cumprimento da carta rogatória ou indicativo do facto que tiver impedido êsse cumprimento.*

Serão reguladas pela via diplomática todas e quaisquer dificuldades que ocorrerem a respeito da transmissão de que se trata.

Cada Estado contratante pode declarar, por comunicação dirigida aos demais Estados contratantes, ser seu desejo que lhe sejam transmitidas pela via diplomática as cartas rogatórias que tiverem de ser cumpridas no seu território.

As precedentes disposições não obstam a que dois Estados contratantes se entendam entre si para admitir a transmissão directa de cartas rogatórias entre as suas respectivas autoridades.

Êste artigo é inteiramante semelhante, quanto às bases em que assenta, ao que dispõe o artigo 1.º a respeito da transmissão dos pedidos de notificação, o que nos dispensa de desenvolvidas considerações a seu respeito.

A convenção de 14 de novembro de 1896 só reconhecia

dois *meios oficiais* de transmissão de cartas rogatórias — a *via diplomática*, que era a regra, e a *comunicação directa* entre os tribunais dos Estados contratantes, que só podia existir quando reconhecida por convenções especiais entre os Estados contratantes ou admitida, unilateral mas uniformemente, pelas leis internas dos mesmos Estados.

A convenção actual reconhece três meios oficiais — a *via consular*, que passou a ser a regra, a *via diplomática*, que pode ser livremente escolhida pelos Estados contratantes, e a *comunicação directa*, que pode resultar de convenções especiais ou de leis internas unilaterais mas uniformes.

a) *Via consular*. Foi o meio de transmissão de rogatórias preferido pela conferência de 1904, por ser mais simples e mais rápido do que a transmissão pela via diplomática.

O seu mecanismo é o seguinte: 1.º) a carta é enviada pela autoridade rogante ao cônsul do seu país no Estado e no lugar onde deva ser cumprida; 2.º) o cônsul transmite a carta à autoridade competente do Estado rogado, para a receber e lhe dar destino; 3.º) esta autoridade envia ao mesmo cônsul o documento comprovativo do cumprimento da carta ou indicativo do facto que tiver obstado ao seu cumprimento, e o cônsul, por sua vez, remete tal documento à autoridade rogante.

1.º) Não diz a convenção por que meio a carta há de chegar ao poder dos cônsules, para estes a remeterem às autoridades locais, pois que isso é uma questão de direito interno, que cada Estado regulará como bem entender. Entre nós, à falta de regulamentação especial, a prática seguida cremos ser a remessa da carta, pela via competente, ao ministério dos negócios estranjeiros, êste ministério transmite-a à legação portuguesa no Estado rogado, para a legação a transmitir ao cônsul.

2.º) Declara a alínea 1.ª do artigo que o cônsul transmitirá a carta à *autoridade que for designada pelo Estado requerido*, o que significa que os Estados contratantes têm o direito de indicar a autoridade competente para receber as rogatórias.

Quais serão, pois, estas autoridades?

Claro é que nos Estados que declararam ser seu desejo receber as cartas rogatórias pela via diplomática e que

foram a Bélgica, a Itália, Portugal, a Ruménia e a Suíça (1), a carta deverá ser sempre transmitida pela legação do Estado rogante ou, na falta de legação, pelo ministério dos negócios estranjeiros dêsse Estado, e só pode ser transmitida ao ministro dos negócios estranjeiros do Estado rogado ou à entidade que nesse Estado seja órgão de comunicação com os Estados estranjeiros. Nesses Estados, os cônsules do Estado rogante não intervêm na transmissão das rogatórias.

Nos outros Estados, isto é, naqueles em que o cônsul do Estado rogante pode dirigir-se à autoridade competente do Estado rogado, essas autoridades são as seguintes, segundo se lê na circular do ministro da justiça francês de 20 de janeiro de 1910: a) *Dinamarca*—em Copenhague, o ministro da justiça e, fora da capital, a prefeitura da residência das pessoas interessadas; b) *Espanha*—os presidentes das audiências territoriais (2); c) *Holanda*—o juiz de paz cantonal (Kantonrechter); d) *Noruega*—na Cristiânia e em Bergen, o presidente do tribunal de primeira instância destas cidades e, nas outras cidades, o byfoged, se existir, e, se não existir, o Sorenskriver; e) *Rússia*—o presidente do tribunal distrital, o presidente do tribunal de comércio, ou o presidente das assembleas dos juízes de paz, segundo os casos (3); b) *Suécia*—os presidentes dos tribunais de primeira instância.

3.º) O documento comprovativo do cumprimento da rogatória ou indicativo do facto que obstou ao seu cumprimento segue, em sentido inverso, o mesmo caminho que tiver seguido a rogatória para chegar ao seu destino, sendo, portanto, as mesmas as entidades intermediárias entre a autoridade rogada e a autoridade rogante.

b) *Via diplomática.* Estabelecendo embora a via consular, como meio normal de transmissão das rogatórias, entendeu a convenção que devia reconhecer a legitimidade da via diplomática, como o meio tradicional mais geralmente adoptado, para aqueles Estados que por êle quisessem optar.

(1) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1091.
(2) Decreto de 17 de julho de 1909.
(3) Era assim segundo a circular do ministro da justiça de 9 de julho de 1909. Depois da revolução extremista, não sabemos se ainda assim será.

Por êle optaram, como dissemos, a Bélgica, a Itália, Portugal, a Ruménia e a Suíça.

Como já observámos, porém, a propósito dos pedidos de notificação, notaremos que o facto de um Estado declarar que deseja receber as rogatórias pela via diplomática, não o autoriza a enviar também essas cartas pela mesma via. A razão desta afirmação é a seguinte: a convenção estabelece a via consular como regra da transmissão das cartas rogatórias, e apenas abre excepção a êsse meio de transmissão quanto ao recebimento de tais cartas, nada dizendo acêrca da sua *expedição*. E, porque as excepções são de direito estrito, segue-se que para a expedição de rogatórias deve prevalecer a regra, isto é, deve recorrer-se à via consular.

Sendo assim, vem a conseqüência de que os Estados que optaram pela via diplomática, se, pelo facto da opção, ficaram com o direito de receber as rogatórias pela via diplomática, não têm o direito de expedir as suas rogatórias por essa via, devendo recorrer à via consular.

c) *Comunicação directa.* Como acontece em matéria de pedidos de notificação, nenhum uso pode ter o sistema da comunicação directa entre os tribunais portugueses e os tribunais estranjeiros para a transmissão de cartas rogatórias, pois nem convenções especiais de Portugal com as potências nem a lei portuguesa interna reconhecem semelhante sistema de transmissão de rogatórias.

297 — Acêrca da língua em que devem ser escritas as cartas rogatórias, dispõe o

Artigo 10.º *Salvo acôrdo em contrário, a carta rogatória deve ser redigida, quer na língua da autoridade requerida, quer na língua convencionada entre os dois Estados interessados, ou ser acompanhada de tradução feita numa destas línguas e autenticada por um agente diplomático ou consular do Estado requerente, ou por um tradutor ajuramentado do Estado requerido.*

Também êste preceito é inteiramente semelhante ao que se lê no artigo 3.º quanto à língua em que devem ser redi-

gidos os pedidos de notificação. Como estes pedidos, as rogatórias devem ser redigidas quer na língua do Estado rogado, quer na língua convencionada entre o Estado rogante e o Estado rogado, quer na língua do Estado rogante acompanhando-as uma tradução feita na língua do Estado rogado ou na língua convencionada, e legalizada nos termos indicados no artigo.

Nas relações de Portugal com os actuais Estados contratantes não existe qualquer acôrdo sôbre o assunto (1).

298 — A obrigação de cumprir as cartas rogatórias e as condições em que pode ser recusado o seu cumprimento são assim determinadas no

Artigo 11.º *A autoridade judicial a quem for dirigida a carta rogatória será obrigada a cumpri-la, usando dos mesmos meios coercivos que para o cumprimento de deprecada das autoridades do Estado requerido ou satisfação de petição para êste efeito formulada por parte interessada. Estes meios coercivos poderão deixar de ser empregados tratando-se do comparecimento das partes em juízo.*

A autoridade requerente será, se assim o pedir, informada da data e do local em que se houver de proceder à diligência solicitada, a fim de que a esta possa assistir a parte interessada.

O cumprimento da carta rogatória não poderá ser recusado senão:

1.º Quando a autenticidade do documento não estiver comprovada;

2.º Quando o cumprimento da carta rogatória não couber nas atribuïções do poder judicial;

3.º Quando o Estado em cujo território o cumprimento devesse realizar-se o julgar atentatório da sua soberania ou da sua segurança.

O artigo 11.º estabelece, como era natural, o princípio de que a autoridade rogada é obrigada a cumprir a carta rogatória, pois o reconhecimento das rogatórias resulta da necessidade da cooperação das autoridades judiciais dos diferentes países para o efeito da boa administração da justiça e, sem a imposição à autoridade rogada do dever de cumprir as rogatórias, deixaria de ter valor prático o princípio de assistência judiciária internacional que, com o reconhecimento das rogatórias, a convenção quis assegurar. A obrigação de cumprir as rogatórias é, com efeito, a condição *sine qua non* da realização dêsse princípio e, por isso, pode dizer-se que o preceito da alínea 1.ª do artigo 11.º constitui o preceito fundamental da convenção em matéria de rogatórias.

(1) L. I, pág. 117, nota (2); Supra, pág. 279.

E, porque o cumprimento das rogatórias tem tamanha importância na economia da convenção, compreende-se que esta, não só impusesse à autoridade rogada a obrigação de cumprir as rogatórias, mas expressamente lhe ordenasse o uso, para êsse efeito, dos mesmos *meios coercivos* que, para o cumprimento de deprecada das autoridades do Estado requerido ou satisfação de pedido da parte interessada, sejam estabelecidos pela lei local.

A convenção de 1896 limitava-se a dizer (artigo 7.º) que a autoridade rogada seria obrigada a cumprir a rogatória, e o resultado foi que, por vezes, as rogatórias deixaram de ser cumpridas, sob pretexto de que as testemunhas intimadas não tinham querido comparecer. Para evitar tal inconveniente, propôs o Govêrno alemão que a alínea 1.ª do artigo 7.º do projecto de programa (actual artigo 11.º) fôsse redigida dêste modo: «A autoridade judicial a quem for dirigida a carta rogatória será obrigada a cumpri-la do mesmo modo e usando dos mesmos meios de coacção de que deve usar para a execução de uma carta das autoridades do Estado requerido» (1). Esta proposta foi aceita, fundamentalmente, pela comissão de 1904 (2) e passou para a convenção vigente.

No final da alínea 1.ª do artigo 11.º diz-se que os meios coercivos, de que fala o mesmo artigo, poderão deixar de ser empregados, tratando-se do comparecimento das partes em juízo.

O alcance do preceito resulta do próprio texto. O emprêgo dos meios coercivos para o comparecimento das partes

(1) *Dacuments*, de 1904, pág. 14.
(2) *Actes*, IV, pág. 93.

em juízo é meramente *facultativo*, podendo a autoridade rogada empregá-los ou deixar de os empregar.

Mas que critério deverá adoptar essa autoridade para resolver acêrca do seu uso ou do seu não uso?

Parece-nos que êsse critério deriva naturalmente do motivo por que o delegado sueco fez a proposta de que resultou o texto da convenção.

Aquele delegado fez a proposta pela razão de que, não existindo na maior parte das legislações dos Estados contratantes meio coercivo para obrigar as partes a comparecerem em juízo, limitando-se essas legislações a atribuir conseqüências civis à falta de comparecimento, a Suécia entendia que não devia usar meios coercivos que não existiam segundo a legislação do Estado rogante (1). Sendo assim, consideramos lógica a doutrina de que a autoridade rogada deverá usar de meios coercivos a respeito das partes, quando êsses meios, existindo na sua legislação, existam também pela legislação do Estado rogante. Quando isso aconteça, não procede a razão apresentada pelo delegado sueco para fundamentar a sua proposta, devendo a autoridade rogada usar da faculdade que lhe é conferida pela convenção.

Por fim, o artigo 11.º estabelece os fundamentos por que a autoridade rogada pode recusar-se ao cumprimento da rogatória. Êsses fundamentos são: não estar comprovada a autenticidade do documento de que consta a rogatória, não caber o cumprimento da carta nas atribuïções do poder judicial segundo a legislação do Estado rogado, ou ser êsse cumprimento atentatório da soberania ou da segurança do mesmo Estado.

O segundo fundamento não pode oferecer dúvidas e sôbre o terceiro já fizemos as considerações que julgamos necessárias para esclarecer o pensamento da convenção, a propósito da realização dos pedidos de notificação (2).

Quanto ao primeiro, o sentido do texto é que a autoridade rogada deve verificar se o documento de que consta a carta reveste as condições de autenticidade que, segundo a legislação local, são exigidas para que façam fé os documentos expedidos por autoridades estranjeiras, isto é, se o documento está devidamente *legalizado* consoante as exigências da lei local. Contudo, se a rogatória for transmitida pela via diplomática, o que sempre deve acontecer com as rogatórias vindas para Portugal, deverá considerar-se a via diplomática como suficiente garantia de autenticidade, sendo dispensada a legalização (1).

(1) *Actes*, IV, pág. 70, 71 e 146.
(2) Supra, n.º 290.

299 — No artigo 12.º indica a convenção a lei reguladora do cumprimento das rogatórias nos termos seguintes:

Artigo 12.º *Em caso de incompetência da autoridade requerida, a carta rogatória será transmitida* ex officio *à autoridade judicial competente do mesmo Estado, segundo as regras estabelecidas pela legislação dêste.*

Êste artigo não deixa dúvida alguma de que é a lei interna de cada um dos Estados contratantes que determina a autoridade competente para cumprir as rogatórias.

Esta autoridade é naturalmente o tribunal, civil ou comercial, de primeira instância do lugar onde dever ser praticada a diligência pedida na rogatória. A êsse tribunal deverá, pois, dirigir-se o tribunal rogante, usando em todo o caso uma fórmula bastante ampla, como esta... *ao tribunal de... ou a qualquer outra autoridade competente...*, para prevenir a hipótese de não ser indicada com exactidão a autoridade que deve proceder à mesma diligência, e a fim de a autoridade erradamente indicada enviar a rogatória à autoridade que for legalmente competente para a cumprir.

O uso daquela fórmula foi insinuado aos diversos Estados pelo ministério da justiça francês, pelo qual foi dirigida aos procuradores gerais da República, datada de 19 de dezembro de 1891, uma circular notável a respeito do cumprimento em França das rogatórias enviadas de país estranjeiro, circular que ainda hoje pode ser lida com proveito por todos aqueles que têm a seu cargo o cumprimento de rogatórias (2).

(1) Supra, n.º 249.
(2) O texto da circular encontra-se no *Bulletin officiel du ministère de la justice*, 4.º trimestre de 1891, e no *Journal de droit international privé*, 1892 pág. 566 e seg. Confronte Sr. Lamb[illegible]ni Pinto, *Cartas rogatórias*, pag. 70, e Weiss, *Traité*, tomo V, pág. 515.

Verdade seja que, em face do artigo da convenção acima transcrito e que é a reprodução do artigo 8.° da convenção de 1896, o uso da fórmula deixou de ser necessário para evitar a devolução das rogatórias, já que a autoridade rogada, quando incompetente, tem obrigação de remeter a rogatória oficiosamente à autoridade judicial competente para a cumprir. O preceito destina-se exactamente a evitar que, pelo facto de a autoridade rogante ter indicado erradamente a autoridade rogada, a rogatória deixe de ser cumprida. Contudo, a fórmula tem, pelo menos, o mérito de envolver no pedido genérico a autoridade que de facto cumpre a rogatória.

Sempre, porém, que a autoridade rogada não for competente para cumprir a rogatória, ou não a puder cumprir por qualquer motivo, deve disso informar a autoridade rogante, nos termos do

Artigo 13.° *Em todos os casos em que a carta rogatória deixar de ser cumprida pela autoridade requerida, esta disso informará imediatamente a autoridade requerente, indicando, no caso do artigo 11.°, as razões pelas quais houver sido recusado o cumprimento da carta rogatória e, no caso do artigo 12.°, a autoridade a quem a carta houver sido transmitida.*

A autoridade rogada pode deixar de cumprir a rogatória, ou por não estar comprovada a autenticidade do documento de que consta a carta (artigo 11.°, alínea 1.ª), ou porque a execução da rogatória não cabe nas atribuïções do poder judicial, segundo a lei do Estado rogado (artigo citado, alínea 2.ª), ou porque a considera atentatória da soberania ou da segurança do Estado local (artigo citado, alínea 3.ª), ou porque o seu cumprimento pertence a outra autoridade judicial do mesmo Estado (artigo 12.°).

Nos três primeiros casos, dá-se um impedimento *absoluto* do cumprimento da rogatória, e a autoridade rogada não só deve informar a autoridade rogante de que não pode cumprir a rogatória (artigo 13.°), mas deve remeter-lhe documento indicativo do facto que tiver impedido o cumprimento (artigo 9.°).

No último caso, há uma simples *substituïção* da autoridade rogada e, por isso, esta apenas tem o dever de informar a autoridade rogante de que a carta foi enviada a outra autoridade, por a diligência requerida não ser das suas atribuïções. Neste caso, a informação tem por fim pôr a autoridade rogante em condições de indicar à parte interessada qual a autoridade que vai praticar a diligência, para que ela, querendo, possa assistir à mesma diligência.

300—A lei reguladora da forma do cumprimento das rogatórias é indicada no artigo 14.° dêste modo

Artigo 14.° *A autoridade judicial que proceder ao cumprimento de uma carta rogatória aplicará as leis do seu país, pelo que respeito à forma do processo.*

Será contudo deferida a petição da autoridade requerente no sentido de se proceder segundo uma forma especial, contanto que essa forma não seja contrária à legislação do Estado requerido.

Firmando o preceito da primeira alínea dêste artigo, conformou-se a convenção com o princípio de que a forma do processo é regulada pela *lex fori*. Na prática da diligência que lhe é requerida, a autoridade rogada aplicará, pois, pelo que respeita à forma do processo, a lei do seu país.

Não é, porém, absoluta a regra de que o tribunal rogado deve aplicar, no cumprimento da rogatória, as leis de processo do Estado local. Tem essa regra a excepção da alínea 2.ª do artigo 14.°, que manda deferir o pedido da autoridade rogante no sentido de se proceder segundo uma forma especial, contanto que essa forma não seja contrária à legislação do Estado requerido.

Esta excepção tem por fim satisfazer exigências da lei do Estado rogante que não existam segundo a legislação do Estado rogado. Assim, se a rogatória tiver por objecto a realização de um exame e se a lei do Estado rogado não exigir que o exame revista a forma contraditória, em presença ou com representação das partes, exigindo aliás essa forma de exame a lei do Estado rogante, permite a convenção que

a autoridade rogante faça à autoridade rogada o pedido de que o exame seja feito sob a forma contraditória.

A obrigação de a autoridade rogada atender o pedido da autoridade rogante no sentido de adoptar uma forma de processo diferente da estabelecida pela lei do Estado local tem, todavia, um limite. Consiste em a forma de processo indicada não ser *contrária à lei local*.

A fórmula da convenção é inteiramente igual à que se lê no art. 3.°, alínea 1.ª, a respeito dos pedidos de notificação, e o seu significado deve ser semelhante, indicando, segundo dissemos, que a autoridade requerida não poderá empregar o processo pedido pela autoridade rogante quando êle represente uma restrição da liberdade das pessoas desconhecida da lei local (1).

Sendo assim, a autoridade rogada não poderá, por exemplo, atender o pedido da autoridade rogante no sentido de que uma parte ou as testemunhas prestem o juramento religioso, se no Estado rogado êsse juramento tiver sido abolido como contrário à liberdade de consciência dos cidadãos.

301 — Além do processo de cumprimento de rogatórias que temos descrito e que consiste na *cooperação* das autoridades do Estado em que deve ser realizada a diligência requerida pelas autoridades do Estado rogante, admite a convenção o sistema das *comissões consulares*, segundo o qual a prática da diligência, em vez de pedida à autoridade estranjeira, é requisitada dos cônsules do país onde corre a acção que dá lugar à diligência. É o preceito do

«Artigo 15.° *As disposições dos precedentes artigos não excluem a faculdade de cada Estado fazer cumprir directamente pelos seus agentes diplomáticos ou consulares as cartas rogatórias, se assim o permitirem convenções celebradas entre os Estados interessados, ou se a isso se não opuser o Estado em cujo território deve ser cumprida a rogatória*».

Esta disposição resultou de uma proposta da delegação francesa e foi assim explicada pela comissão de 1904:

(1) Supra, pág. 285.

«A delegação francesa propôs o reconhecimento de um outro meio de execução das cartas rogatórias, que funciona com vantagem na prática de certos Estados. Trata-se da execução pelos cônsules, que se faz com grande economia de tempo e de dinheiro, além de que desaparece a dificuldade que nasce da questão da tradução. Para ver que são respeitados os direitos da soberania territorial, basta dizer que o cônsul não poderá proceder a respeito dos nacionais do país em que reside e que, em todo o caso, a execução da carta se realizará sem coacção. A delegação alemã apoiou a proposta francesa. Pelo contrário, vários delegados disseram que havia uma invasão das atribuïções da autoridade local e que os cônsules nem sempre teriam os necessários conhecimentos para bem cumprir cartas rogatórias. Sôbre êste último ponto pode responder-se que depende de cada Estado verificar se os seus cônsules estão em condições de cumprir cartas rogatórias. A reciprocidade não se imporá nas relações de dois países, e isto é muito natural, pois que a sua organização consular pode ser muito diferente. Finalmente, a maioria da comissão aceitou a proposta francesa com a seguinte restrição: um cônsul não poderá executar de pleno direito uma carta rogatória senão a respeito dos seus nacionais. Para a executar a respeito de outras pessoas, será necessária uma convenção ou, pelo menos, a falta de oposição por parte do Estado em cujo território a rogatória dever ser executada» (1).

Em harmonia com as suas ideas, acrescentava a comissão ao artigo 15.° do seu projecto, correspondente ao artigo 15.° da convenção, uma 2.ª alínea, assim redigida: «Êste Estado (local) não poderá opor-se quando a medida de que se tratar dever ser executada sem coação a respeito de um nacional do Estado requerente» (2).

Esta alínea foi, porém, vigorosamente impugnada pelos delegados de vários Estados (3), vingando, afinal, a doutrina, que é a da convenção, de que, mesmo a respeito dos seus nacionais, os cônsules só têm o direito de cumprir rogatórias

(1) *Actes*, IV, pág. 94.
(2) *Actes*, IV, logar cit.
(3) *Actes*, IV, pág. 71 e 73.

se isso for permitido por convenção entre o Estado que representarem e o Estado local, ou se êste se não opuser.

A competência consular para cumprir rogatórias depende, conseguintemente, da existência de duas condições: *a*) que essa competência seja reconhecida pela legislação do Estado representado pelo cônsul; *b*) que o seu exercício seja reconhecido em convenção expressa entre os dois Estado interessados ou que o Estado local se não oponha.

a) As atribuïções dos cônsules são determinadas pela lei interna do Estado que os nomeia, embora o seu exercício seja *condicionado* pelos princípios do direito internacional consuetudinário ou convencional. Sendo assim, os cônsules só poderão executar diligências judiciais, a pedido das autoridades do seu país, quando as leis dêsse país a isso os autorizarem. Nesta conformidade, os cônsules portugueses nunca poderão praticar diligências judiciais a pedido dos tribunais portugueses, pois nem o regulamento consular nem qualquer outro diploma legislativo lhes confere semelhante atribuïção.

b) A execução de uma diligência destinada à instrução de um processo entra nas atribuïções do poder judicial e, porque nos Estados de civilização europeia os cônsules perderam as atribuïções de carácter judicial, a conseqüência é que a prática das diligências daquela natureza não entra no exercício normal das suas funções, e daí a regra da convenção de que, para os cônsules poderem executar rogatórias, é necessário que para isso lhes reconheça competência uma convenção especial entre os dois Estados interessados ou que o Estado local a isso se não oponha.

No caso de haver convenção expressa permitindo a execução consular de cartas rogatórias, nenhuma dúvida pode haver sôbre a competência dos cônsules. Mas, se convenção não existir, quando poderá dizer-se que o Estado local se opõe à execução consular de cartas rogatórias? Deverá a oposição ser expressa ou poderá ser tácita? Nada diz o texto sôbre o assunto, e nada se disse nos trabalhos preparatórios que o esclareça. Contudo, porque o preceito é igual ao estabelecido no artigo 6.° acêrca da execução consular dos pedidos de notificação, o seu sentido também deve ser o mesmo e, por isso, entendemos que, pelas razões que

apontámos ao estudar aquele artigo, a oposição deve ser *expressa* (1), podendo, em todo o caso, revestir a forma que aprouver a cada um dos Estados contratantes, como uma lei, um decreto, ou uma simples nota diplomática.

E qual será a situação dos cônsules estranjeiros em Portugal?

Convenção especial entre Portugal e os Estados contratantes que permita a execução consular de cartas rogatórias, nenhuma conhecemos.

Também não existe lei ou decreto de que conste a oposição àquela atribuïção dos cônsules estranjeiros.

Cremos, porém, que o Govêrno português declarou opor-se-lhe por meio de nota diplomática enviada aos Estados contratantes, pois, na circular do ministro dos negócios estranjeiros francês aos agentes diplomáticos e consulares da França nos diversos Estados contratantes, de 20 de janeiro de 1910, na parte em que indica as modalidades de aplicação da convenção nos mesmos Estados, referindo-se a Portugal, diz: «II. Declarações. A entrega dos actos judiciais pelos cônsules não é admitida quando o destinatário não é nacional do Estado do agente. A execução de cartas rogatórias pelos cônsules não é admitida» (2).

302 — Como a respeito dos pedidos de notificação, termina a convenção o regime das rogatórias com um artigo acêrca de custas, que é o

«Artigo 16.° *O cumprimento das cartas rogatórias não poderá dar lugar ao reembôlso de taxas ou custas de qualquer natureza que sejam.*

Todavia, salvo acôrdo em contrário, o Estado requerido terá o direito de exigir do Estado requerente o reembôlso das indemnizações pagas às testemunhas ou aos peritos, bem como das custas ocasionadas pela intervenção de um oficial público, tornada necessária por as testemunhas não terem comparecido voluntàriamente, ou das custas resultantes da eventual aplicação do artigo 14.°, alínea 2.ª.

(1) Supra, n.° 292.
(2) *Revue Darras — de Lapradelle*, 1910, pág. 237.

Êste preceito, muito semelhante ao do artigo 7.º, relativo aos pedidos de notificação, foi esclarecido pela comissão com o seguinte comentário: «A delegação alemã propunha que se introduzisse na convenção um nôvo artigo assim concebido: "a execução das cartas rogatórias não dará lugar à reclamação de custas de qualquer natureza, salvo o reembôlso pelo Estado requerente ao Estado requerido das despesas ocasionadas pela indemnização concedida às testemunhas e aos peritos". A delegação húngara apresentou uma emenda desenvolvida no mesmo sentido. Esta idea da gratuidade absoluta encontrou objecções, já indicadas a propósito da notificação de actos judiciais, chegando-se a uma transacção análoga. Independentemente do reembôlso das indemnizações pagas às testemunhas ou aos peritos, que todos admitiam, o Estado requerido só poderá reclamar as custas ocasionadas pela intervenção de um oficial público; mas esta intervenção só deve ter lugar depois de se haver tentado em vão o comparecimento voluntário das testemunhas. Nada impede que dois Estados convenham em nada reclamarem por esta intervenção do oficial público. Cumpre notar que o preceito visa as rogatórias executadas nas condições ordinárias. Se o Estado rogante requerer formalidades especiais para esta execução, designadamente a deslocação de magistrados, a intervenção de um advogado ou de um procurador, deverá pagar as custas determinadas por esta exigência. Por fim, resulta nitidamente dos textos propostos que, todas as vezes que o Estado requerido pode reclamar um reembôlso em virtude de um acto praticado no seu território, é ao Estado requerente que êle tem de dirigir-se. Cabe ao Estado requerente recorrer contra as partes em cujo interesse o acto foi praticado ou tomar as precauções necessárias para prevenir o risco da sua insolvência. Isto em nada respeita ao Estado requerido» (1).

Vê-se, pois, em face do texto e do seu comentário oficial, que a convenção procurou conciliar as teses da gratuidade e da remuneração dos actos de cumprimento das rogatórias e que o sistema adoptado se traduz nas seguintes regras:

a) Em princípio, o cumprimento das rogatórias é gratuito quanto ao Estado requerente, não dando lugar ao reembôlso de custas de qualquer natureza;

b) A gratuidade não abrange a indemnização devida às testemunhas ou aos peritos, nem as custas ocasionadas quer pela intervenção de um oficial público para a prática da diligência rogada, quer pelo emprêgo de um processo especial de cumprimento das rogatórias indicado pela autoridade rogante;

c) Mesmo quando há lugar a custas, o cumprimento das rogatórias não depende de preparo ou da antecipação de qualquer importância, pois o texto fala em *reembôlso*, e o reembôlso só pode pedir-se de uma despesa já feita;

d) O reembôlso de custas não pode ser pedido às partes interessadas, mas só ao Estado requerente, o qual procederá para com as partes como bem entender.

(1) *Actes*, IV, pág. 94.

303 — Tanto o Tribunal permanente de arbitragem da Haia como o Tribunal de justiça internacional da Sociedade das Nações podem precisar da prática de actos de instrução no território dos Estados estranhos ao conflito. O caminho a seguir pelos dois tribunais é o que já traçámos para as notificações que precisem mandar fazer no território dos mesmos Estados. O regime é inteiramente igual e, por isso, remetemos o leitor para o que deixamos dito a respeito do regime das notificações (1).

(1) Supra, n.º 294.

DIVISÃO II

Direito português comum

SUMÁRIO. 304 — Reconhecimento pelo direito português da cooperação internacional das jurisdições. Amplitude da função das *cartas rogatórias* segundo a lei portuguesa. 305 — I — Regime das rogatórias expedidas pelos tribunais portugueses. 306 — II — Regime das rogatórias emanadas de autoridades estranjeiras. Determinação dos textos legais vigentes. 307 — Elementos do regime; meios de transmissão das rogatórias; competência para o seu cumprimento; sua forma e autenticidade; natureza dos actos rogados; rogatórias executivas; casos de legítima recusa; modo de cumprimento; forma de processo; custas. 308 — Possibilidade de estabelecer restrições no cumprimento das rogatórias. Cumprimento de rogatórias que peçam a prática de actos respeitantes a execução pendente ou falência aberta em país estranjeiro.

304 — O direito português comum, assim como reconhece a exequibilidade das sentenças proferidas por tribunais estranjeiros, assim também reconhece a legitimidade do pedido feito por autoridades estranjeiras para os tribunais portugueses *avisarem* pessoas residentes em Portugal de actos judiciais ou extrajudiciais que lhes interessem e que se passam em país estranjeiro, ou para procederem neste país a alguma *diligência judicial* necessária à instrução de processos pendentes perante tribunais estranjeiros. Além disso, contando com a cooperação dos tribunais estranjeiros para procederem a actos análogos no respectivo país, previu e regulou a hipótese de os tribunais portugueses terem de fazer pedidos semelhantes.

Os preceitos do nosso direito relativos a êste reconhecimento da cooperação internacional das jurisdições constituem a *teoria legal das cartas rogatórias,* que se encontra nos artigos 36.°, n.° 4.°, 69.°, 87.°, 88.°, 89.° e 164.° do Código de processo civil, no artigo 8.°, § 1.°, do decreto de 26 de maio de 1911 e no artigo 20.°, alínea *f),* do decreto de 12 de

dezembro de 1921 sôbre a organização dos serviços do ministério dos negócios estranjeiros.

Os textos englobam na fórmula geral *cartas rogatórias* a assistência judiciária internacional que a convenção de 1905 regula sob as duas rubricas *comunicação de actos judiciais e extrajudiciais* e *cartas rogatórias.* Mas, se as palavras são diferentes, o pensamento é o mesmo. Segundo a nossa lei, a carta rogatória pode destinar-se a um simples *aviso* ou a *qualquer diligência judicial* (Código de processo civil, artigos 69.°, 73.°, 77.°, 89.° e 164.°, n.° 8.°).

Ao passo, porém, que a convenção estabeleceu regras distintas para o pedido-*aviso* e para o pedido-*diligência judicial,* embora essas regras tenham, por vezes, a maior semelhança, o nosso direito comum deu o mesmo nome e submeteu às mesmas regras gerais as duas ordens de pedidos, sob a rubrica geral *cartas rogatórias,* e, por isso, para nos não repetirmos escusadamente, não separaremos o regime das duas espécies de rogatórias, embora, no lugar próprio, indiquemos o que possa haver de especial quanto a uma ou outra espécie de assistência judiciária internacional.

Em face da nossa lei, como em face de qualquer lei interna, importa, porém, considerar separadamente o regime das *rogatórias expedidas pelos tribunais portugueses* (Código de processo civil, artigo 88.°) e o regime das *rogatórias emanadas de autoridades estranjeiras* (Código citado, artigo 89.°).

Começaremos pelo regime das primeiras.

305 — I — *Rogatórias expedidas pelos tribunais portugueses.* Quanto a estas rogatórias, estudaremos sucessivamente o seu objecto, a competência para as expedir, a sua forma, o meio de transmissão, o processo de cumprimento, os casos de recusa, as condições de autenticidade e o regime das custas.

a) *Objecto.* Determina o artigo 69.° do Código de processo civil que os actos que houverem de praticar-se fora da circunscrição do juiz de primeira instância ou da comarca da sede do Supremo Tribunal ou da Relação que os ordenar, serão requisitados por *carta rogatória,* quando dirigida a juiz ou tribunal de outra nação.

As cartas em geral e, portanto, as cartas rogatórias podem ser para *citação*, para *intimação*, ou para *qualquer outra diligência* (1) (artigos 71.°, 72.°, 75.° e 76.°).

As cartas para citação e para intimação são evidentemente cartas-*aviso* e cabem, por isso, no capítulo primeiro da convenção.

Pode, porém, também passar-se carta para *simples notificação* (Código citado, artigos 640.°, § único e 190.°), a qual é, sem dúvida, igualmente uma carta-aviso.

Sendo assim, correspondem à comunicação de actos judiciais ou extrajudiciais, segundo a convenção, as cartas rogatórias que, em harmonia com a nossa lei comum, devem ser passadas para citação, intimação ou notificação.

E semelhantes cartas, apesar do seu nome, quando enviadas para os Estados signatários da convenção, ficam sujeitas ao regime que a mesma convenção estabeleceu para a comunicação de actos judiciais ou extrajudiciais, e não ao regime do que ela chamou *commissions rogatoires*, e que a versão oficial portuguesa traduziu *cartas rogatórias*, pois deve entender-se que, quando o artigo 8.° da convenção diz que, em matéria civil ou comercial, a autoridade judicial de um Estado contratante poderá, em conformidade das disposições da sua legislação, dirigir-se por carta rogatória à autoridade competente de outro Estado contratante, pedindo-lhe que proceda, nos limites da sua jurisdição, a um *acto de instrução* ou a *outros actos judiciais*, tinha em vista actos judiciais que não sejam simples citações, intimações ou notificações, pois que estes actos já estavam compreendidos na primeira parte da convenção. E êste ponto ficou esclarecido no relatório da comissão de 1904, na parte respeitante ao artigo 8.°, onde está

(1) Devemos notar desde já que, quando a lei portuguêsa manda passar uma carta rogatória para citação de uma pessoa residente em país estranjeiro, o tribunal não pode decidir, como decidiu o acórdão da Relação de Goa de 14 de junho de 1910 (*Colecção*, VII, pág. 103) que, não sendo as autoridades estranjeiras obrigadas, na falta de tratado, a cumprir rogatórias, a citação deve ser feita por editos. As razões são simples. Em primeiro lugar, a lei não subordina a expedição de rogatórias à existência de tratados. Em segundo lugar, é prática corrente em todos os Estados civilizados dar cumprimento às rogatórias, independentemente de tratado, sendo nessa justa praxe que o nosso legislador se baseou para, sem falar em tratados, mandar passar cartas rogatórias destinadas à prática de actos em país estranjeiro. E o que se diz das cartas para citação, deve dizer-se das cartas para qualquer outro efeito.

escrito: «A delegação norueguesa, sem fazer qualquer proposta, perguntou se as palavras *acto de instrução, outros actos judiciais* não poderiam compreender actos a respeito dos quais se não teve evidentemente a intenção de os sujeitar às regras compreendidas nesta parte da convenção. Não parece necessário definir as palavras empregadas tradicionalmente nesta matéria; trata-se, em regra, da inquirição de testemunhas, da prestação de juramento, de exames de peritos, de inspecção ou inquirição num lugar, de exame dos livros de um comerciante. Isto não compreende evidentemente as notificações de actos judiciais a fazer no estranjeiro, visto que as notificações são reguladas pelos artigos 1.° e seguintes do projecto» (1).

Nesta conformidade, as cartas rogatórias dirigidas a autoridades de Estados contratantes, quando sejam para citação, intimação ou notificação, estão inteiramente sujeitas ao disposto nos artigos 1.° a 7.° da convenção.

As cartas que não sejam para citação, intimação ou notificação, quando enviadas às autoridades dos mesmos Estados, estão sujeitas ao disposto nos artigos 8.° a 16.° da convenção.

Qual poderá ser, porém, o *objecto* ou *fim* desta segunda espécie de rogatórias?

A nossa lei usa, em geral, a fórmula *qualquer diligência* (Código de processo civil, artigo 76.°) e, ao determinar o conteúdo das cartas, mostra que estas podem ser passadas tanto para *actos de instrução* como para *actos de execução* (Código citado, artigo 77.°). A convenção usa, como vimos, a fórmula *actos de instrução ou outros actos judiciais* (artigo 8.°).

Sendo assim, poderá dizer-se que, em princípio, poderão ser passadas cartas para a prática de qualquer acto judicial, inclusive actos de execução. Contudo, importa notar que, em regra, os tribunais estranjeiros não cumprem rogatórias que peçam actos de execução (2), o que aliás também deve acontecer com os tribunais portugueses, aos quais é defeso dar cumprimento a rogatórias executivas (Código cit., art. 36.°, n.° 4.°, e 87.°, n.° 3.°).

(1) *Actes*, 1904, pág. 92.
(2) Weiss, *Traité*, V, pág. 343.

b) *Competência e forma.* A *competência* para expedir as rogatórias é determinada exclusivamente pela lei portuguesa e pertence ao tribunal a quem cabe julgar a questão que determina a sua expedição (Código de processo, artigo 69.º).

A *forma* da rogatória é também determinada pela lei portuguesa, não devendo, porém, ter nunca carácter imperativo, para o seu cumprimento não ser rejeitado por ser considerado atentatório da soberania do Estado rogado (Port. de 18 de outubro de 1850, n.º 1.º).

c) *Meio de expedição.* O meio de expedição das rogatórias poderá ser, quer a *via diplomática,* quer a *transmissão particular,* isto é, a entrega da rogatória ao requerente ou interessado, para êle a apresentar ao tribunal rogado (1).

A nossa lei não *impõe* nem *proíbe* a transmissão pela via diplomática, e *permite* a transmissão particular.

A transmissão pela via diplomática não é, com efeito, obrigatória, nem o devia ser.

Que o não é, resulta da análise da lei, pois o Código de processo civil não exige a expedição por essa via, e resulta da história do artigo 88.º do mesmo Código, pois foi rejeitada a proposta da comissão de legislação da câmara dos pares no sentido de as rogatórias emanadas dos tribunais portugueses seguirem a via diplomática (2).

E, neste sentido, decidiu o acórdão da Relação do Pôrto de 28 de fevereiro de 1899 (3).

E que não devia sê-lo, resulta da simples consideração de que os Estados estranjeiros não têm obrigação de receber rogatórias pela via diplomática.

Mas, se o recurso à via diplomática não é obrigatório, também não é proïbido, antes a lei orgânica do ministério dos negócios estranjeiros o supõe, empregando a fórmula *transmissão de rogatórias* (Decreto de 26 de maio de 1911, artigo 18.º, § 1.º; decreto de 12 de dezembro de 1921, art. 20.º, alínea *f*), que compreende tanto o seu recebimento como a

(1) Dr. J. Alberto dos Reis, *Processo ordinário civil e comercial,* I, pág. 518 e 519.
(2) Dr. Dias Ferreira, *Codigo de processo civil anotado,* I, pág. 160.
(3) *Revista dos Tribunais,* XVII, pág. 347.

sua expedição, sendo, efectivamente, a prática no sentido de admitir a expedição de cartas rogatórias pela via diplomática (1), o que aliás é inteiramente justo, por haver países, como o Brasil (2), que, à semelhança de Portugal (Código de processo civil, artigo 89.º), não recebem rogatórias senão pela via diplomática.

A transmissão particular das cartas rogatórias é evidentemente permitida, pois o sistema geral da nossa lei é a entrega das *cartas judiciais* ao solicitante (Código de processo civil, artigo 78.º).

A parte escolherá, pois, entre a via diplomática e a entrega directa, tendo em consideração, em primeiro lugar, o sistema adoptado no Estado rogado e, em segundo lugar, a maior rapidez da entrega directa e a maior segurança da via diplomática.

Em regra, as autoridades e tribunais estranjeiros cumprem as rogatórias tanto quando enviadas pela via diplomática, como quando apresentadas directamente pelas partes (3).

Contudo, os Estados Unidos não recebem rogatórias pela via diplomática (4) e a Inglaterra, que apenas começou a recebê-las em 1909, sòmente as recebe para a inquirição de testemunhas em matéria civil e comercial (5).

d) *Processo de cumprimento.* O *processo de cumprimento* da carta será normalmente o estabelecido pela lei do Estado rogado. Poderá, porém, o tribunal rogante

(1) Dr. Lambertini Pinto, ob. cit., pág. 12 e seg.
(2) Dr. Rodrigo Octávio, *Direito dos estranjeiros no Brasil,* pág. 238. O direito brasileiro admite, porém, uma excepção à transmissão pela via diplomática em favor das autoridades judiciais de Estados fronteiros, que podem praticar o sistema da comunicação directa (Autor cit., pág. 239).
(3) Weiss, *Traité,* V, pág. 527 e seg.; Lambertini Pinto, ob. cit., pág. 12.
(4) Dr. Lambertini Pinto, ob. cit., pág. 13.
(5) Vide: Ofício do director dos negócios da justiça ao procurador geral da Corôa, de 27 de agosto de 1909 (*Diário do Govêrno* n.º 194, de 30 de agosto de 1909). Cumpre observar, contudo, que o Ministério dos negócios estranjeiros se não recusa a transmitir rogatórias mesmo para os países que, como os Estados Unidos, as não recebem pela via diplomática, encarregando as legações portuguesas de promover o seu cumprimento. Em tal caso, devem os interessados depositar no Ministério a quantia considerada necessária para pagar as custas resultantes do cumprimento das cartas (Dr. Lambertini Pinto, ob. cit., pág. 24, 74 e 75).

pedir, para o caso de isso ser possível, o emprêgo do processo da lei portuguesa, quando nisso veja utilidade, pois, à semelhança do que se estabelece na convenção da Haia, bem pode ser que a lei do Estado rogado permita a aplicação da lei do Estado rogante (1).

Os *casos de recusa* de cumprimento das cartas rogatórias, fora da hipótese de um tratado que os precise, serão livremente determinados pela lei do Estado rogado, visto não haver um princípio geral de direito internacional judiciário que os determine.

e) *Autenticidade e custas.* Quando as rogatórias não sejam enviadas pela via diplomática, devem ir legalizadas em harmonia com a lei do país de destino. A legalização consistirá, em regra, em a rogatória ser reconhecida pelo cônsul do respectivo país em Portugal e a assinatura do cônsul reconhecida no ministério dos negócios estranjeiros do mesmo país (Regulamento consular, artigo 299.°). E, depois de cumpridas, devem ser legalizadas nos termos da lei portuguesa, que já conhecemos (2).

Se as rogatórias forem enviadas pela via diplomática, êste sistema de transmissão deve considerar-se garantia suficiente de autenticidade, não necessitando de legalização. Esta doutrina é seguida pelos Drs. Alves de Sá (3), Faro e Noronha (4), Barbosa de Magalhães (5) e Alberto dos Reis (6), foi expressamente consignada nos acordos por troca de notas com o Brasil, de 29 e 31 de agosto de 1895 (7), e com a Espanha, de 7 de julho de 1903 (8), e foi adoptada pela Relação do Pôrto nos acórdãos de 1 de dezembro de 1896 e de 22 de fevereiro de 1910 (9).

As *custas* que importe o cumprimento da carta são sempre devidas à autoridade rogada, a não ser que exista tratado que delas isente ou que a lei local estabeleça a isenção.

Se é a própria parte, por si ou por procurador, que apresenta a carta a cumprimento, ela as pagará directamente.

Se, porém, recorrer à via diplomática, apenas terá que satisfazer, depois de cumprida a carta, as custas que forem exigidas pelo Estado rogado, a não ser que, como acontece em Espanha, o cumprimento das cartas dependa de promoção e pagamento das custas pela parte (1).

(1) Weiss, *Traite*, v, pág. 541.
(2) Supra, n.° 249.
(3) *Comentário ao Código de processo civil*, volume II, pág. 265.
(4) *Legalização de documentos*, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, XXI, pág. 715.
(5) *Código de processo comercial anotado*, I, pág. 229.
(6) Ob. cit., pág. 520.
(7) *Nova colecção de tratados*, X, pág. 31.
(8) *Nova colecção de tratados*, XI, pág. 299.
(9) Na *Revista dos tribunais*, XV, pág. 202, e XXVIII, pág. 298. Vide, em sentido contrário, o acórdão da Relação dos Açores de 25 de janeiro de 1893 (*Revista* cit., XII, pág. 348).

306 — II — *Rogatórias emanadas de autoridades estranjeiras.* No artigo 36.°, n.° 4.°, atribui o Código de processo civil competência aos juízes de direito para cumprir rogatórias, quando forem para simples citação ou intimação ou quando tiverem por fim alguma diligência que não importe execução; e no artigo 89.° regula o cumprimento das rogatórias, nestes termos:

«As rogatórias emanadas de autoridades estranjeiras só serão recebidas por via diplomática, e não se lhes dará cumprimento, sem prévia audiência do ministério público:

§ 1.° Distribuída e autuada a rogatória, dar-se há vista ao ministério público por quarenta e oito horas, e em seguida o juiz decidirá se deve ser cumprida.

§ 2.° Ao ministério público compete fiscalizar o cumprimento das rogatórias, podendo recorrer, por meio de agravo, dos despachos que se proferirem.

§ 3.° Terá efeito suspensivo o agravo que o ministério público interpuser do despacho que mandar cumprir a rogatória.

§ 4.° As citações ou intimações a que haja de proceder-se, serão feitas pelo escrivão ou pelo oficial de diligências, nos termos dos artigos 179.° e 180.°.

§ 5.° Nas comarcas de Lisboa e Pôrto, o ministério público será representado pelos curadores gerais dos órfãos, quando for orfanológico o acto requisitado».

São êstes os textos fundamentais em que se contém o regime legal do cumprimento das rogatórias estranjeiras. Outros textos há ainda, que referiremos no decurso dêste

(1) Dr. Lambertini Pinto, ob. cit., pág. 19 e 79 e seg.

estudo e cuja aplicação às rogatórias estranjeiras ninguém discute.

Há, porém, dois diplomas, as portarias de 18 de outubro de 1850 e de 20 de junho de 1855, que se referem ao cumprimento das rogatórias estranjeiras e cuja vigência tem sido muito discutida (1).

O Código de processo civil entrou em vigor em 1877 e, logo em 1878, o Dr. Alves de Sá sustentou que aquelas portarias tinham sido revogadas quanto à *forma do processo* de cumprimento das rogatórias, mas que continuavam em vigor na parte relativa à *competência* da autoridade portuguesa requisitada, e na parte relativa aos *casos* em que podem ser cumpridas as mesmas rogatórias, pois nem o Código de

(1) Reproduzimos aqui a portaria de 1850 e a parte que nos interessa da portaria de 1855, para bem se medir o alcance da discussão.

A portaria de 1850 diz, textualmente: «Manda sua majestade a rainha remeter ao conselheiro presidente da Relação de Lisboa a inclusa cópia do aviso expedido pelo ministério da justiça do Império do Brasil à Relação do Rio de Janeiro, em o 1.º de outubro de 1847, no qual se regula quanto pareceu conveniente para que as autoridades judiciais brasileiras não deneguem cumprimento às cartas simplesmente citatórias sôbre objectos civis, passadas pelas autoridades judiciais estranjeiras, nem o prestem a quaisquer outras que não estejam conformes ao que ali se declarar, devendo elas por conseguinte: 1.º ser puramente deprecatórias ou rogatórias para simples citações ou inquirições, e não executórias, contenham ou não insertas as sentenças; 2.º ser concebidas em termos civis e deprecativos, sem forma ou expressão de ordem imperativa, e com respeito sòmente a objectos civeis, e de nenhum modo a objectos criminais; 3.º ser legalizadas pelos cônsules brasileiros respectivos pelo modo prescrito em seu regulamento; e 4.º ficar sujeitas aos embargos ou recursos das partes, que forem atendiveis em direito, os quais serão processados nos termos regulares, e julgados definitivamente como se mostrar de justiça: ordena a mesma augusta senhora que o referido conselheiro, ficando inteirado do que se dispõe no citado aviso do Govêrno Imperial do Brasil, faça expedir as ordens necessárias para que as justiças portuguesas só cumpram as cartas deprecatórias e rogatórias das justiças brasileiras que lhes forem dirigidas naquela conformidade, e para que sòmente assim se dirijam às justiças brasileiras, nos casos ocorrentes, guardando-se em tudo a mais perfeita reciprocidade».

A portaria de 20 de junho de 1855, cujo assunto principal é a execução em Portugal das sentenças proferidas por tribunais espanhois, declarou, a respeito de rogatórias: «e 4.º finalmente, que, pelas razões expendidas, as simples deprecadas espanholas para embargos, penhoras, ou sequestros em bens, assim de súbditos portugueses, como de espanhois, ou de outros estranjeiros, não sáo, em nenhum caso, meio legítimo para os actos de que tratam, nem podem ser executadas pelos juízes nacionais; porquanto, se êsses actos requisitados têm por fim a execução de sentenças civis, devem as próprias cartas de sentenças apresentar-se na Relação competente para os efeitos legais, conforme as regras estabelecidas nos citados artigos da Reforma (judicial), e se respeitam à execução da parte penal das sentenças crimes, não podem as próprias cartas, ainda que se apresentem, produzir efeito algum, porque são neste ponto inteiramente inexequíveis, como se leva indicado».

processo civil se ocupa do assunto, nem é matéria de processo, mas de competência judicial (1).

A doutrina de Alves de Sá foi seguida nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de fevereiro de 1885 (2) e de 28 de maio de 1886 (3), e foi mais tarde defendida pelos Drs. Marnoco e Sousa (4) e Chaves e Castro (5).

Foi, porém, a mesma doutrina contestada pelo Dr. Dias Ferreira, o qual afirmou que as portarias nunca foram obrigatórias e que nem como doutrina podiam ser invocadas, não só porque os seus preceitos foram reproduzidos no Código de processo civil, mas porque êste revogou a legislação anterior sôbre processo civil, quer essa legislação fôsse geral, quer especial, quer estivesse compreendida, quer não, no mesmo Código (6).

A doutrina do Dr. Dias Ferreira foi adoptada pelo Dr. José Alberto dos Reis, que aliás considera a questão sem importância, por isso que, em seu entender, as disposições das portarias foram reproduzidas no Código de processo civil (7).

Também assim pensamos. O Código de processo civil não só regula o processo de cumprimento das rogatórias estranjeiras (artigo 89.º), mas regula também a competência para as cumprir (artigo 36.º, n.º 4.º), bem como regula os casos em que deve ser recusado o seu cumprimento, por isso que o artigo 87.º, embora se refira aos casos em que não devem ser cumpridas as cartas precatórias, é aplicável às cartas rogatórias, como é doutrina e jurisprudência corrente (8). Sendo assim, devem as referidas portarias, considerar-se revogadas pelo Código de processo civil.

(1) Ob. cit., pág. 262.
(2) *Boletim dos tribunais*, I, pág. 504.
(3) *Revista de legislação e de jurisprudência*, XXIX, pág. 266.
(4) *Execução extraterritorial das sentenças civeis e comerciais*, pág. 192.
(5) Ob. cit., pág. 704, nota (1).
(6) *Boletim dos tribunais*, I, pág. 497.
(7) Ob. cit., pág. 537.
(8) Vide: Dr. Alves de Sá, ob. cit., II, pág. 262; Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 190; Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 527; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de fevereiro de 1885 (*Boletim dos Tribunais*, I, pág. 504), 20 de maio de 1886 (*Revista de legislação e de jurisprudência*, XXIX, pág. 266) e de 9 de junho de 1905 (*Colecção oficial*, V, pág. 335).

c) *Forma e autenticidade.* A *forma* da carta é regulada pela lei da autoridade rogante. É o natural corolário do princípio *locus regit actum* e da competência da *lex fori* para regular a forma dos actos judiciais. Em todo o caso, a lei fala em *rogatórias,* o que bem mostra que a carta deve revestir a forma de um *pedido,* e não a *forma* de uma *ordem,* que seria incompatível com a igualdade dos Estados na esfera internacional e com o respeito devido à soberania do Estado português (1).

A *autenticidade* derivará, como temos dito, da transmissão por via diplomática, ou da legalização (2).

d) *Natureza dos actos rogados.* Além das *citações* e *intimações,* não especifica a lei os actos cuja prática as autoridades estranjeiras podem pedir aos tribunais portugueses, limitando-se a empregar a fórmula genérica — *alguma diligência que não importe execução.* Qual será, pois, o alcance desta fórmula?

A lei diz o que a diligência não pode ser — *acto de execução,* mas não diz o que pode ser, contentando-se com a expressão vaga — *alguma diligência.* Importa, por isso, determinar o que corresponde à idea positiva — «alguma diligência» e à idea-limite «acto de execução».

A convenção da Haia emprega também uma fórmula genérica, mas já um pouco mais determinada, pois diz — *actos de instrução ou outros actos judiciais,* e a comissão de 1904 especificou, exemplificativamente, alguns actos, escrevendo: «trata-se, em regra, da inquirição de testemunhas, da prestação de juramento, de exames de peritos, de inspecção ou inquirição num lugar, e de exame dos livros de comerciantes» (3). Tudo isto são actos de instrução.

Poderá, pois, dizer-se que, em geral, as rogatórias, além das citações e intimações, são destinadas a *actos de instrução.* E tal é a doutrina seguida, em face da nossa lei, pelo Dr. Chaves e Castro, que escreve: «Do exposto deduzimos que não precisam de ser revistas e confirmadas pelos tribunais portugueses as cartas rogatórias para citações, intimações, inquirição de testemunhas, depoimento e juramento de parte, vistorias, exames, e simples avaliação de bens, porque nenhum dêstes actos importa execução de sentença» (1). Todos os actos indicados pelo Dr. Chaves e Castro, além da citação e da intimação, são, com efeito, actos de instrução.

(1) Dr. Lambertini Pinto, ob. cit., pág. 42.
(2) Supra, pág. 114 e 322.
(3) *Actes* de 1904, pág. 92.

Não poderão, porém, as rogatórias pedir a prática de actos que, sem ser de instrução, também não sejam de execução?

Entendemos que sim. Pode, segundo cremos, ser objecto de uma rogatória *qualquer acto judicial* que não seja acto de execução e que não seja proïbido pela lei portuguesa. Assim, a rogatória que tenha por fim citar uma pessoa para declarar se aceita ou não um legado, deve ser cumprida, como decidiu o acórdão da Relação do Pôrto de 7 de janeiro de 1896 (2), por não ser acto de execução, embora não seja também um acto de instrução.

e) *Rogatórias executivas.* Para bem determinar a natureza dos actos que podem ser pedidos em rogatórias, procuraremos esclarecer a expressão — *que não importe execução,* precisando o que deve entender-se pelas chamadas *rogatórias executivas.*

Segundo a lei (Código de processo civil, artigos 36.°, n.° 4.°; e 87.°, n.° 3.°), estas rogatórias não podem ser cumpridas sem serem revistas e confirmadas.

O que deverá, porém, entender-se por uma rogatória executiva?

A doutrina e a jurisprudência são muito oscilantes.

O Dr. Chaves e Castro, pronunciando-se sôbre a questão, escreve: «Porém as rogatórias para, em inventário, em acção executiva, em execução de sentença, ou em qualquer outro processo, se venderem bens, se fazer penhora ou arresto, têm por fim diligências que importam execução de sentença e, como tais, precisam de ser revistas e confirmadas pelos tribunais portugueses» (3). Para o sábio processualista, eram, pois, rogatórias executivas todas aquelas que tivessem por fim venda, penhora ou arresto.

(1) Ob. cit., pág. 705, nota; Conf. Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 534.
(2) *Revista dos tribunais,* XIV, pág. 244.
(3) Ob. cit., pág. 705, nota.

Deverão, porém, considerar-se rogatórias executivas e, como tais, insusceptíveis de cumprimento, antes de prévia confirmação pelas Relações, *todas* as rogatórias destinadas à venda de bens, penhora e arresto? Não haverá outras rogatórias que devam igualmente considerar-se executivas?

Da combinação do artigo 36.°, n.° 4.°, e 87.°, n.° 3.°, do Código de processo civil, resulta a doutrina de que, para uma rogatória se considerar executiva, deve pedir a prática de um acto que represente a execução de uma sentença estranjeira.

Como, porém, o artigo 87.°, n.° 3.°, torna o cumprimento da rogatória executiva dependente da confirmação da respectiva sentença, torna-se evidente que a rogatória sòmente pode considerar-se executiva para os efeitos legais quando tenha por fim a execução de uma sentença sujeita a revisão e confirmação.

Pode, por isso, formular-se o princípio de que devem considerar-se executivas todas aquelas rogatórias que tendam à execução de uma sentença sujeita a revisão e conformação.

Dêste princípio resulta lògicamente — em face da doutrina que sustentámos de que apenas estão sujeitas a confirmação as sentenças proferidas em processo que, segundo a lei portuguesa, deva considerar-se contencioso (1) — o corolário de que apenas podem considerar-se rogatórias executivas as que tendem à execução de uma sentença proferida em processo contencioso, não podendo, portanto, assim considerar-se as rogatórias que peçam a prática de um acto que seja o efeito de uma decisão proferida em processo gracioso.

Será à luz dêste critério que procuraremos orientar-nos através das divergências da doutrina e das soluções encontradas da jurisprudência sôbre o carácter executivo de determinadas rogatórias.

1.°) *Venda de bens.* Os drs. Chaves e Castro (2) e Alberto dos Reis (3), e a *Revista dos Tribunais* (4) sustentam que a venda de bens é *sempre* uma diligência que

(1) L. 1, n.° 202.
(2) Ob. e lugar cit.
(3) Ob. cit., pág. 534.
(4) Ano IX, pág. 310.

importa execução, no sentido dado pelos textos a esta palavra. E no mesmo sentido julgaram, designadamente, os acórdãos da Relação do Pôrto de 21 de novembro de 1890 (1) e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de julho de 1886 (2).

Diferentemente, os drs. Dias Ferreira (3) e Marnoco e Sousa (4) sustentam que as rogatórias para venda de bens em inventário não carecem de ser revistas e confirmadas. E no mesmo sentido decidiram os acórdãos do Supremo Tribunal de 13 de novembro de 1888 (5), 3 de março de 1891 (6), e 24 de agosto de 1894 (7).

Qual a verdadeira doutrina?

A solução não pode ser uniforme.

Se a rogatória para venda de bens provier de um despacho ou sentença proferidos em processo gracioso, pode ser cumprida sem prévia confirmação. Tal será, por exemplo, a rogatória em que se peça a venda em hasta pública de bens imóveis de menores, requerida pelo representante do menor e autorizada pelo tribunal competente. A decisão do tribunal é, em tal caso, de mera jurisdição graciosa e, por isso, não precisa de confirmação, podendo a rogatória ser cumprida *de plano*.

Se a rogatória para venda de bens provier, ao contrário, de um processo nìtidamente contencioso, como é o processo de execução, trata-se claramente de uma rogatória executiva, nos termos da lei, precisando de ser revisto e confirmado o respectivo despacho ou sentença, caso se entenda, o que mais tarde averiguaremos, que os tribunais portugueses podem praticar actos relativos a uma execução pendente perante tribunal estranjeiro.

Mas, se a rogatória tiver por fim a venda de bens por virtude de despacho proferido no decurso de um inventário, deverá considerar-se uma rogatória simples ou uma rogatória executiva?

(1) *Revista dos tribunais*, IX, pág. 283.
(2) *Gazeta da Relação de Lisboa*, II, pág. 103.
(3) *Código de processo civil anotado*, I, pág. 155.
(4) Ob. cit., pág. 195.
(5) *Boletim dos tribunais*, IV, pág. 132.
(6) *Direito*, XXXII, pág. 119.
(7) *Revista dos tribunais*, XIII, pág. 18.

É sôbre esta espécie de rogatórias que mais se divide a doutrina e a jurisprudência.

Em nosso entender, a solução depende da *qualificação* dos despachos de graciosos ou contenciosos, e essa qualificação tem de fazer-se em face da lei portuguesa.

Serão, pois, de jurisdição graciosa ou de jurisdição voluntária os despachos proferidos num inventário de que resulta a venda de bens? Tal é a verdadeira questão.

Cremos que semelhantes despachos devem considerar-se de carácter contencioso, não só porque, no caso de haver interessados maiores, o assunto tem de ser resolvido em forma contraditória (Código de processo civil, artigo 744.º), mas também porque, das resoluções do conselho de família, quando não haja interessados maiores, há recurso para o conselho de tutela (1), o que mostra que se não trata de matéria de pura jurisdição voluntária, a qual nos parece incompatível com a possibilidade de recursos.

Sendo assim, não poderão ser cumpridas as rogatórias tendentes à venda de bens por virtude de despacho proferido em inventário que corra em país estranjeiro.

2.º) *Penhora e arresto.* Quanto à *penhora*, não há discussão. Todos estão de acôrdo em que as rogatórias para penhora carecem de confirmação para poderem ser cumpridas (2). E com razão. A penhora é um acto característico do processo de execução, que é nitidamente contencioso, não podendo, por isso, deixar de considerar-se executiva a rogatória que a pede.

A respeito do *arresto*, também não tem havido nem pode haver discussão. A rogatória que o pede tem carácter executivo. O processo de arresto é um processo contencioso (Código de processo civil, artigos 364.º a 379.º), não podendo as decisões nele proferidas por tribunal estranjeiro ser executadas em Portugal sem revisão e confirmação.

(1) Cód. civ., art. 226.º, e Cód. proc. civ., art. 793.º; Acórdão da Relação de Lisboa de 21 de julho de 1884 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, VIII, pág. 476).

(2) Dr. Chaves e Castro, ob. cit., lug. cit.; Dr. Dias Ferreira, ob. cit., log.; Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., n.º 75; Dr. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 534 e 535; acórdão da Relação de Lisboa de 2 de abril de 1876 (no *Direito*, II, pág. 445).

3.º) *Outras diligências.* Além da penhora e do arresto, tem a jurisprudência considerado executivas as rogatórias para outras diligências, tais como: apreensão de bens para a massa falida (1); arrolamento de inscrições de assentamento (2); averbamento e venda de acções (3); prisão e entrega de um menor (4).

Não pode haver a mínima dúvida de que a apreensão de bens para o activo de uma falência declarada em país estranjeiro, como efeito da sentença da declaração da falência, não pode ser realizada em Portugal sem revisão da mesma sentença, a qual, a produzir efeitos neste país, está dentro do quadro das sentenças sujeitas a revisão e confirmação (5).

Quanto às outras diligências, a qualificação da carta como simples ou como executiva depende do carácter contencioso ou gracioso que deva atribuir-se à decisão que a originou, em harmonia com o critério geral que estabelecemos.

e) *Casos em que é legítima a recusa do cumprimento das rogatórias.* O juiz rogado deve cumprir a carta nos termos nela indicados, embora tenham findado os prazos designados (Código de processo civil, artigo 79.º).

O dever do juiz não é, porém, absoluto. Pode recusar o seu cumprimento quando para isso houver motivo legal.

Os motivos legais por que pode ser recusado o cumprimento estão indicados no artigo 87.º, o qual, como já dissemos, embora inscrito na secção relativa às cartas precatórias, se aplica também às cartas rogatórias. Assim resulta do disposto no artigo 80.º do Código de processo civil, que é aplicável a todas as espécies de cartas e declara que os casos de recusa do cumprimento das cartas são os indicados no artigo 87.º, e assim tem sido entendido pela doutrina e pela jurisprudência (6).

(1) Acórdão da Relação do Pôrto de 22 de março de 1878 (no *Direito*, X, pág. 424) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de março de 1920 (*Colecção*, XX, pág. 62).

(2) Acórdão da Relação de Lisboa de 14 de maio de 1887 e 2 de julho de 1891 (na *Gazeta da Relação de Lisboa*, II, pág. 581, e V, pág. 459).

(3) Acórdão da Relação do Pôrto de 3 de julho de 1895 (na *Revista dos tribunais*, XVI, pág. 319).

(4) Acórdão da Relação do Pôrto de 10 de maio de 1904 (na *Revista dos tribunais*, XXIII, pág. 60).

(5) L. I, pág. 659.

(6) Vide supra, pág. 325 e nota 8.

Os casos de legítima recusa são os seguintes:

1.º) *Incompetência do tribunal.* O primeiro caso de recusa consiste em o tribunal rogado não ter competência para o acto pedido (artigo 87.º, n.º 1.º).

A incompetência é, porém, apenas causa de recusa de cumprimento da carta rogatória, e não impossibilita, por isso, o tribunal especialmente rogado de remeter a carta ao tribunal competente.

Isto é incontestàvelmente assim quanto às rogatórias vindas dos Estados signatários da convenção da Haia de 1905 em cujas relações com Portugal a convenção ainda vigora, e assim deve ser a respeito de qualquer outro Estado, pelas razões que já expusemos em outro lugar (1).

2.º) *Proïbição absoluta pela lei do acto rogado.* Em segundo lugar, o juiz rogado pode e deve deixar de cumprir a carta rogatória, quando o acto pedido for absolutamente proïbido pela lei.

Qual será o alcance da fórmula *que a lei absolutamente proïba?*

Na convenção da Haia usou-se a fórmula *atentatório da soberania ou da segurança do Estado* (artigo 12.º, alínea 3.ª, n.º 3.º) e a comissão de 1894 apontou como exemplos o interrogatório sôbre um plano militar ou sôbre negociações ou convenções diplomáticas que não estejam no domínio da publicidade (2).

Entre nós, a doutrina não procurou ainda precisar o valor da fórmula legal, limitando-se a repeti-la e a apresentar exemplos, sendo clássicos os exemplos do exame de papeis confidenciais do Estado e da inquirição, sob juramento, de menores de 14 anos (3).

Parece-nos que, a respeito das rogatórias, deverá entender-se que a fórmula *que a lei absolutamente proïba* tem valor semelhante ao da fórmula do artigo 1088.º, § 1.º, n.º 5.º, do Código de processo civil — *decisões contrárias aos princípios do direito público português, ou ofensivas dos princípios de ordem pública,* que é também, como sabemos, a fórmula do artigo 4.º, § único, do Código comercial e que significa *decisões contrárias às leis portuguesas de ordem pública internacional* (1).

(1) Supra, pág. 327.
(2) *Actes*, II, pág. 51 e 52.
(3) Vide: Dr. Dias Ferreira, ob. cit., pág. 155; Dr. Marnoco e Sousa, ob. cit., pág. 190; Dr. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 529.

Em verdade, é natural pensar que o legislador quisesse afastar o cumprimento de uma rogatória nos mesmos casos em que quis afastar a execução de uma sentença ou a aplicação de uma lei estranjeira. E, por que é natural assim pensar, o critério de aplicação do preceito legal deverá ser que o tribunal terá de recusar-se a executar as rogatórias cujo cumprimento represente a violação de uma lei obrigatória para nacionais e estranjeiros, pois que tal é a característica das leis de ordem pública internacional (2).

Devemos, porém, observar que as rogatórias para citação não podem deixar de ser cumpridas com o fundamento de que o tribunal rogante é incompetente para a respectiva acção.

A Relação do Pôrto, em acórdão de 16 de dezembro de 1884 (3), tinha resolvido que uma rogatória não deve ser cumprida quando o juízo competente para a acção fosse o tribunal português, mas o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdãos de 20 de fevereiro de 1885 e de 28 de maio de 1886 (4), resolveu em sentido contrário. E assim resolveu também o tribunal federal suíço, sôbre a convenção da Haia, na sentença de 12 de junho de 1901 (5). Êste tribunal fundou-se na razão de que, por um lado, a citação de um particular perante um tribunal estranjeiro não constitui em nenhum caso um ataque à soberania da Suíça e de que, por outro lado, a questão de saber se o juiz estranjeiro era ou não competente, só pode levantar-se por ocasião do *exequatur* da sentença.

E, a esta razão, que já é decisiva, podia acrescentar-se que, mesmo na hipótese de o tribunal estranjeiro ser incompetente segundo o direito português, pode muito bem sê-lo segundo o direito estranjeiro, tendo a parte todo o interesse em ir defender-se perante êsse tribunal.

E, contra o que decidiu o Supremo Tribunal de Justiça

(1) L. I, n.º 178.
(2) L. I, pág. 556 e seg.
(3) *Revista dos tribunais*, III, pág. 237.
(4) *Revista dos tribunais*, V, pág. 504.
(5) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1291.

em acórdão de 22 de abril de 1887 (1), a rogatória deverá cumprir-se até no caso de pedir a citação para inventário de herança que esteja a ser inventariada em Portugal, pois que o inventário feito em país estranjeiro refere-se naturalmente a bens aí existentes, e o citando tem interesse em acompanhar os termos do inventário, não sendo naturalmente exequível nesse país a sentença portuguesa a respeito dos bens lá situados, se o tribunal local tiver julgado o inventário.

4.º) *Execução de sentença estranjeira não revista.* Sôbre êste caso de recusa do cumprimento das cartas rogatórias, nada temos que acrescentar ao que acima fica dito sôbre as rogatórias executivas. Os tribunais portugueses deverão recusar-se a cumprir uma rogatória que represente a execução de uma sentença estranjeira que esteja sujeita a revisão e confirmação.

f) *Modo de cumprimento das rogatórias.* Sem entrarmos em minúcias de processo, procuraremos fazer as necessárias indicações de direito internacional respeitantes ao modo de cumprimento das rogatórias.

A rogatória deve vir pela via diplomática (artigo 89.º), o que significa que deve transitar pelo ministério dos negócios estranjeiros, que a envia ao ministério da justiça, sendo daí remetida ao procurador da República junto da Relação do distrito do tribunal rogado, que, a seu turno, a transmite ao agente do ministério público junto do mesmo tribunal, o qual deverá promover o seu cumprimento.

Quanto à doutrina a estabelecer sôbre o *cumprimento oficioso* das rogatórias, importa fazer uma distinção importante.

As rogatórias vindas de Estados que, com Portugal, são signatários da convenção da Haia, devem ser cumpridas oficiosamente, sem necessidade de requerimento ou preparo da parte interessada. É a clara doutrina dos artigos 8.º, 11.º e 16.º da convenção, que prefere à lei portuguesa comum (Código civil, artigo 26.º; Código de processo civil, artigo 1087.º; Código comercial, artigo 6.º; Código de processo comercial, artigo 2.º), qualquer que seja a interpretação que a esta se dê.

(1) *Boletim dos tribunais*, II, pág. 432.

Quanto às rogatórias vindas de outros Estados, a doutrina e a jurisprudência têm sido, em geral, no sentido de que o seu cumprimento depende de requerimento e pagamento de custas pela parte, embora se possam constatar duas modalidades, uma que exige a intervenção da parte logo para solicitar a entrega da carta pelo ministério da justiça (1) e outra que apenas exige a intervenção da parte depois da distribuïção da carta, sendo até aí oficiosos os trâmites do seu cumprimento (2).

No momento actual, em face do preceito do artigo 104.º do decreto de 24 de outubro de 1901, que aprovou a reorganização dos serviços do ministério público, o qual dispõe — «Aos delegados compete promover a distribuïção de todas as rogatórias e também o cumprimento daquelas que forem de interesse público» —, consideramos verdadeira a segunda corrente doutrinal, em harmonia com a qual a intervenção da parte apenas é necessária depois da distribuïção.

Em nosso entender, se não a gratuidade, pelo menos o cumprimento oficioso devia ser a conseqüência da exigência de as cartas virem pela via diplomática. A intervenção oficiosa do tribunal seria a continuação natural da intervenção do Govêrno para a transmissão da carta, ao mesmo tempo que constituïria um acto de cortesia para com as justiças estranjeiras e uma afirmação de solidariedade internacional.

Neste ponto, o modêlo de procedimento é o seguido pela França, onde as rogatórias enviadas pela via diplomática são cumpridas oficiosa e gratuitamente (3).

E êste modo de proceder, não só desfaz o preconceito *chauvinista* que anda inerente à necessidade da intervenção da parte e ao prévio pagamento de custas, mas é o meio mais racional de cumprir rogatórias, para evitar as dificuldades que os interessados sempre hão de ter em conseguir um procurador que solicite o cumprimento das cartas e pague as custas.

Torna-se, assim, necessária a intervenção do ministério

(1) Dr. J. Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 523.
(2) Dr. Dias Ferreira, ob. cit., pág. 160.
(3) Weiss, *Traité*, v, pág. 548; Lambertini Pinto, ob. cit., pág. 63 e seg.

da justiça no sentido de *modernizar* o cumprimento das rogatórias pelos tribunais portugueses.

g) *Forma de processo.* A lei de processo normalmente competente para reger a prática da diligência pedida numa carta rogatória é a lei do país onde a diligência se realiza e, portanto, em Portugal, a lei portuguesa.

A convenção da Haia admite, porém, que a autoridade rogante possa pedir o emprêgo de um processo especial e permite à autoridade rogada empregá-lo, uma vez que não seja contrário à lei do Estado local. Poderão, pois, os tribunais portugueses seguir, no cumprimento das rogatórias, um processo diferente do estabelecido pela lei portuguesa?

Parece-nos que não. As leis de processo marcam o modo por que os tribunais hão de conduzir-se no exercício das suas atribuïções, devendo os tribunais obediência apenas às leis do Estado que servem. E a mesma doutrina deriva de as leis de processo serem leis de competência localizada, o que significa que a elas compete regular a prática dos actos de processo realizados dentro do respectivo Estado.

Dêstes princípios apenas poderá desviar os tribunais um tratado, como foi a convenção da Haia. Sem isso, os tribunais de qualquer país devem aplicar as leis de processo dêsse país.

h) *Custas.* Ainda a respeito de custas, importa distinguir entre as rogatórias vindas de Estados signatários da convenção da Haia e as rogatórias vindas de outros Estados.

O regime das primeiras já é conhecido. O seu cumprimento é gratuito, podendo apenas o Estado requerido exigir do Estado requerente o reembôlso das indemnizações pagas às testemunhas ou aos peritos, as custas ocasionadas pela intervenção de um oficial público, tornada necessária por as testemunhas não terem comparecido a depor voluntàriamente, ou das custas do emprêgo de um processo especial indicado pela autoridade rogante (artigo 16.º).

O regime das demais rogatórias é muito simples. A parte tem de fazer preparo e pagar todas as custas ocasionadas pela diligência rogada, sem o que a carta não será cumprida ou lhe não será entregue. É um regime antiquado, mas é o regime vigente.

308 — Em face do artigo 80.º do Código de processo civil, o qual declara que o tribunal a quem for dirigida a carta não pode admitir oposição que obste ao cumprimento da mesma carta, salvo verificando-se alguma das hipóteses do artigo 87.º, tem-se discutido se o juiz rogado deve limitar-se a cumprir ou a deixar de cumprir as cartas rogatórias, ou se pode *estabelecer restrições* no cumprimento das cartas. Assim, emquanto o acórdão da Relação do Pôrto de 21 de novembro de 1890 (1) decidiu que os juízes de primeira instância devem recusar-se a cumprir as rogatórias quando peçam actos absolutamente contrários à lei portuguesa, mas não lhes é lícito apreciar qual a parte da rogatória que pode ser cumprida, porque isso seria alterar, corrigir e rever a decisão estranjeira, o que não é da sua competência, o acórdão da mesma Relação de 30 de abril de 1892 (2) decidiu que os tribunais portugueses podem estabelecer restrições no cumprimento das rogatórias, podendo, designadamente, exigir caução à mãe para a entrega de bens pertencentes a filhos menores; e do mesmo modo, emquanto o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de junho de 1905 (3) julgou que as rogatórias devem ser cumpridas nos seus precisos termos, a não ser nos casos do artigo 87.º do Código de processo civil, o acórdão do mesmo tribunal de 16 de novembro de 1894 (4) tinha julgado que o juízo rogado, no cumprimento de uma rogatória para a venda de bens, não pode deixar de mandar depositar o produto dos bens na caixa geral de depósitos, para poder abrir-se em Portugal o concurso de credores, ainda que outra coisa se requisite.

Estas decisões da jurisprudência conduzem naturalmente à análise das duas questões seguintes: se os tribunais portugueses devem pura e simplesmente limitar-se a cumprir as rogatórias ou a recusar o seu cumprimento, ou se podem estabelecer restrições; e se deve abrir-se em Portugal o concurso de credores quando uma carta rogatória peça a arrematação de bens para dar cumprimento a uma decisão de um tribunal estranjeiro.

(1) *Revista dos tribunais*, IX, pág. 283.
(2) *Revista* cit., X, pág. 373.
(3) *Colecção*, V, pág. 335.
(4) *Gazeta* cit., VIII, pág. 112.

Esta segunda questão não a podemos analisar neste lugar. Estudá-la hemos ao tratar do regime jurídico internacional dos direitos de crédito, onde procuraremos resolver, em face do nosso direito, o difícil problema de saber se os tribunais portugueses poderão praticar actos relativos a execuções pendentes ou a falências abertas em país estranjeiro, procedendo, designadamente, à penhora e arrematação de bens, ou se, relativamente aos bens sitos em Portugal, apenas em Portugal pode mover-se execução ou abrir-se falência.

Limitar-nos hemos, pois, por agora a analisar a primeira questão.

Quanto a esta, o princípio a estabelecer é, em nosso entender, que o tribunal rogado ou recusa o cumprimento da rogatória, se se der algum dos casos do artigo 87.º, que já estudamos, ou a cumpre integralmente, não só porque o artigo 80.º do Código de processo manda, em geral, cumprir as cartas, como nelas se pede, fora dos casos do referido artigo 87.º, mas também porque é legítima a suposição de que o pedido feito pelo tribunal estranjeiro apenas terá valor para êsse tribunal quando atendido nos termos em que é feito.

O princípio que estabelecemos deve, porém, ser entendido em termos hábeis. Êle não obsta a que o tribunal rogado, na prática da diligência pedida pelo tribunal rogante, possa exigir a prática de actos ou formalidades que, sem prejudicarem a diligência, garantam o cumprimento da lei portuguesa, ou de qualquer outra lei competente, a que a mesma diligência deva considerar-se subordinada. Assim, se a rogatória pedir a entrega de bens móveis ao pai ou mãe de um menor português ou pertencente a um país em cujas leis haja um preceito semelhante ao do artigo 151.º do nosso Código civil, que exige que os pais prestem caução quando os bens sejam de considerável importância, o tribunal poderá, como julgou o referido acórdão da Relação do Pôrto de 30 de abril de 1892, exigir a caução, pois que isso, sem prejudicar a diligência, acautela os direitos do menor.

TITULO II

Direitos de família [1]

CAPITULO I

Relações jurídicas dos cônjuges

SECÇÃO I

Constituïção — Condições de validade do casamento

§ 1

Direito convencional

SUMÁRIO. 309 — O casamento como meio de constituïção das relações jurídicas entre os cônjuges. Suas condições de validade. 310 — Os textos da convenção sôbre a lei reguladora das condições de validade intrínseca do casamento. Seu significado geral. 311 — Alcance da fórmula — *direito de contrair casamento* — usada pela convenção para indicar as condições de validade intrínseca do casamento. 312 — Lei normalmente competente para regular a capacidade matrimonial e o consentimento dos esposos. Competência da lei nacional e competência da lei indicada pela lei nacional. 313 — Significado da palavra *lei* e das fórmulas — *lei nacional* e *lei nacional de cada um dos futuros cônjuges* no artigo 1.º da convenção. 314 — Aplicação da lei normalmente competente em matéria de impedimentos e em matéria de vícios do consentimento. 315 — A lei do lugar da celebração como lei de ordem pública proïbitiva. 316 — A sua aplicação como lei de ordem pública permissiva. 317 — Prova da capacidade matrimonial. 318 — Validade formal do casamento. Aceitação geral do princípio *locus regit actum*. 319 — Organização dêste princípio como êle foi aceito pela convenção. I — Obrigatoriedade e conteúdo do princípio. 320 — II — Sua limitação na hipótese de a lei nacional exigir uma celebração religiosa. 321 — III — Exigência de publicação no país do projecto de casamento de nacionais que se casem em país estrangeiro. 322 — IV — Casamentos diplomáticos e consulares. 323 — Casamentos formalmente nulos segundo a lei do lugar da celebração, e válidos segundo a lei nacional dos cônjuges. 324 — Sanção das infracções da lei reguladora da validade do casamento. 325 — Esfera de aplicação da convenção.

309 — As relações jurídicas entre os cônjuges constituem-se pelo casamento e, por isso, o estudo do seu regime jurídico internacional começa naturalmente pelo regime jurídico internacional do casamento.

(1) No estudo do regime jurídico internacional das instituïções do direito privado, estabelecemos a série — direitos de família, direitos de

O casamento é um contrato (Código civil, artigo 1056.º; Decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, artigo 1.º), constitui, portanto, um acto jurídico e, como tal, tem a sua eficácia dependente de condições de validade intrínseca e de condições de validade extrínseca.

As condições de validade intrínseca abrangem a *capacidade matrimonial*, que existe quando não há *impedimentos*, e a *vontade*, que é representada pelo *consentimento dos esposos*.

As condições de validade extrínseca referem-se à *forma externa do casamento*, isto é, ao conjunto de formalidades legais de que depende a sua celebração e a sua prova.

Sendo assim, o estudo do regime jurídico internacional do casamento compreende o regime da capacidade matrimonial, o regime do consentimento dos esposos e o regime da forma do casamento.

Além disso, como a inobservância de uma condição de fundo ou de uma condição de forma pode determinar a nulidade ou anulabilidade do casamento ou, pelo menos, a aplicação de uma pêna civil ou criminal, ainda importa estudar o regime das *sanções* que acompanham a infracção das regras de direito que estabelecem as condições de validade do casamento.

E todos estes assuntos devem ser estudados, já em face da convenção da Haia de 12 de junho de 1902, assinada e ratificada por parte de Portugal e ainda em vigor nas suas relações com alguns Estados europeus, (1) já em face do direito

sucessão, direitos reais e direitos de crédito, em harmonia com a classificação, que fizemos, das leis de direito privado em leis de competência personalizada, leis de competência localizada e leis de competência voluntária, pois, nos direitos de família e de sucessão, predominam as leis do primeiro grupo, nos direitos reais, predominam as do segundo e, nos direitos de crédito, as do terceiro.

(1) Como dissemos noutro lugar (L. I, n.º 27, pág. 74 e nota 1), a convenção foi assinada pela Alemanha, Austria, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Hungria, Itália, Luxemburgo, Portugal, Ruménia, Suécia e Suiça; foi ratificada por todos estes Estados, excepto pela Austria e pela Espanha; foi denunciada pela França e pela Bélgica; e não foi restabelecida a sua vigência pelos tratados de paz com a Alemanha e com a Hungria, deixando, por isso, de ter aplicação entre estes Estados e os estados aliados que eram Estados contratantes, isto é, a Itália, Portugal e a Ruménia. De modo que a convenção vigora hoje nas relações de Portugal com a Holanda, Itália, Luxemburgo, Ruménia, Suécia e Suiça.

No notavel livro intitulado — *Les conventions de la Haye de 1902 et*

português comum, quanto às relações com a generalidade dos Estados.

Como o direito estabelecido pela convenção é direito internacional pròpriamente dito e o direito estabelecido nas leis portuguesas acêrca do regime jurídico internacional do casamento é simples direito interno, embora internacionalmente relevante (1), exporemos, em primeiro lugar, o *direito convencional* e, depois, o *direito português comum*.

310 — A lei reguladora das condições de validade intrínseca do casamento é determinada pelos artigos 1.º a 3.º da convenção, nestes termos.

«Artigo 1.º *O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, a não ser que uma disposição dessa lei se refira expressamente a outra lei.*

1905 sur le droit international privé (Recueil de législation et de jurisprudence), publicado por F. Bellemans e J. Kosters, sob os auspícios do Instituto intermediário internacional (Harlem — La Haye, 1921) encontra-se a seguinte informação (pág. 9):

Lista dos Estados em que a convenção está ou esteve em vigor:

Alemanha	desde	1	de agosto	de	1904
Bélgica	»	»	»	até	1 de junho de 1919
França	»	»	»	»	» 1914
Hungria	»	22	» novembro	de	1911
Holanda	»	1	» agosto	»	1904
Itália	»	15	» setembro	»	1905
Luxemburgo	»	1	» agosto	»	1909
Portugal	»	1	» maio	»	1907
Ruménia	»	1	» agosto	»	1904
Suécia	»	1	»	»	1904
Suiça	»	15	» setembro	»	1905

É necessário, porém, acrescentar a esta informação, para que ela traduza a verdade, que, nas relações da Itália, de Portugal e da Ruménia com a Alemanha e com a Hungria, a convenção deixou de vigorar no momento em que deva fixar-se a abrogação dos tratados e convenções entre as mesmas potências que não foram restabelecidos pelos tratados de paz.

Ainda na mesma obra se encontra a indicação dos diplomas que, nos diferentes Estados contratantes, aprovaram, ratificaram, mandaram executar ou regularam a execução da convenção, bem como dos julgados proferidos, nesses Estados, acêrca da aplicação e interpretação da mesma convenção (Vide pág. 10 e seg.). Representa, por isso, a referida obra um grande auxiliar no estudo da convenção, ao qual muitas vezes recorreremos na breve análise que vamos fazer.

(1) L. I, n.º 13.

«Artigo 2.º *A lei do lugar da celebração pode proïbir o casamento dos estranjeiros que for contrário às suas disposições referentes:*

«1.º *Aos graus de parentesco ou afinidade, para os quais houver uma proïbição absoluta.*

«2.º *A proïbição absoluta de se casarem os culpados de adultério, por efeito do qual tiver sido dissolvido o casamento de um dêles.*

«3.º *A proïbição absoluta de se casarem pessoas condenadas por terem, de comum acôrdo, atentado contra a vida do cônjuge de uma delas.*

«*O casamento celebrado em contravenção de qualquer das proïbições supramencionadas não incorrerá em nulidade, contanto que seja válido segundo a lei a que se refere o artigo 1.º.*

«*Sob a reserva da aplicação da primeira alínea do artigo 6.º da presente convenção, nenhum Estado contratante se obriga a fazer celebrar um casamento que, em razão de casamento anterior ou de obstáculo de ordem religiosa, for contrário às suas leis. A violação de um impedimento desta natureza não poderá produzir a nulidade do casamento noutros países além daquele em que o casamento houver sido celebrado.*

«Artigo 3.º *A lei do lugar da celebração pode permitir o casamento dos estranjeiros, sem embargo das proïbições da lei a que se refere o artigo 1.º, quando essas proïbições forem exclusivamente fundadas em motivos de ordem religiosa.*

«*Os outros Estados têm o direito de não reconhecer como válido o casamento celebrado nestas circunstâncias*».

Como é fácil de ver, estas disposições indicam, primeiro, a *lei normalmente competente* para regular o direito de contrair casamento e indicam, depois, em que termos a lei do lugar da celebração do casamento pode ser aplicada como *lei-limite* da aplicação da lei normalmente competente, isto é, como lei de ordem pública internacional, com a sua dupla função *proïbitiva* e *permissiva* (1).

(1) L. 1, n.º 177.

O plano do nosso estudo fica assim naturalmente traçado: — estudar, em primeiro lugar, a lei normalmente competente para regular as condições de validade intrínseca do casamento e, em segundo lugar, os limites de aplicação dessa lei constituídos pelas disposições de ordem pública internacional da lei do lugar da celebração.

311 — Para indicar as condições de validade do casamento, usou a convenção a fórmula *direito de contrair casamento* (artigo 1.º) e a palavra *forma* (artigo 5.º, 6.º e 7.º).

É evidente que, contrapondo-se assim à *forma* o *direito de contrair casamento*, esta fórmula se refere às condições de validade intrínseca.

Mas a quais?

A todas, como entende Travers (1) e antes dele sustentou a *Revista de legislação e de jurisprudência* (2), ou apenas à capacidade matrimonial, como pensam Buzzati (3), Sicoré (4) e Beltelhein (5)?

Entendemos que a fórmula compreende todas as condições de validade intrínseca.

A fórmula — *direito de contrair casamento* — apareceu no ante-projecto da comissão de 1893, foi votada pela conferência dêste ano, foi mantida nas conferências de 1894 e 1900 (6), e entrou no texto definitivo da convenção. Qual, porém, o seu valor?

O programa-questionário, em que o Govêrno holandês, em 1893, perguntava se as *condições de validade intrínseca do casamento* deviam ser determinadas pela lei nacional do marido, salvo no que respeitasse à *capacidade das partes*, que dependia para cada uma delas da sua lei pessoal (7), abrangia indubitàvelmente *todas* as condições de validade intrínseca do casamento.

A comissão de 1893, embora se preocupasse principal-

(1) Ob. cit., 1, n.º 71 e seg.
(2) Ano 42, n.ºs 1811 e 1812, pág. 371 e 401.
(3) Ob. cit., pág. 85 a 93.
(4) *Clunet*, 1907, pág. 1014.
(5) *Zeitschrift für Privat und œffentliches Rech*, 1907, pág. 601, nota 1.
(6) *Actes*, 1, pág. 49, e Protocolo final, pág. 1, *Actes*, II, pág. 49, e Protocolo final, pág. 1, e *Actes*, III, pág. 168 e 237.
(7) *Actes*, 1, pág. 9.

mente, no seu relatório, com a aplicação da lei nacional ao regime dos impedimentos e, portanto, com a capacidade matrimonial, disse, contudo, que «o seu projecto considerava, em primeiro lugar, o casamento sob o aspecto das *condições que devem ser preenchidas pelos futuros cônjuges* e, depois, sob o aspecto da forma a observar» e que, «quando se diz que a lei nacional é competente para regular o *direito de contrair casamento*, se faz referência às *disposições desta lei sôbre as condições exigidas*» (1), o que parece indicar que ao pensamento da comissão não eram estranhas as demais condições de validade intrínseca além da capacidade matrimonial.

A conferência de 1894 conservou a fórmula estabelecida pela conferência anterior e nada se disse no relatório da respectiva comissão ou na discussão do seu projecto que indique alteração do pensamento da comissão de 1893.

O projecto de programa da terceira conferência reproduziu a mesma fórmula, propondo, por então, a Bélgica que, em vez de se dizer — *direito de contrair casamento*, se empregasse a fórmula — *capacidade de contrair casamento*, e a Hungria que se adoptasse a fórmula — *a validade do casamento é regulada* (2). A comissão de 1900 não aceitou nenhuma das propostas, dando esta razão do seu procedimento: «Il n'est pas besoin d'insister pour motiver le rejet d'amendements consistant à mentionner la *capacité de contracter mariage*, au lieu de *droit de contracter mariage*, ou à dire: *la validité* de contracter mariage est reglée. L'expression: *droit de contracter mariage* a paru meilleure, parce qu'elle est plus comprehensive; ce qui *concerne les vices du consentement* (erreur, dol, violence) rentre dans le droit de contracter mariage et non dans la capacité. La validité est examinée à propos d'un mariage célébré, tandis qu'il s'agit ici des conditions à remplir pour contracter mariage» (3).

A conferência votou sem discussão o artigo 1.º do projecto da comissão e assim recebeu a sua forma definitiva o

(1) *Actes*, I, pág. 45 e seg.
(2) *Documents*, de 1900, pág. 4 e 6.
(3) *Actes*, III, pág. 69.

artigo 1.º da convenção. Ora, desde que a comissão disse claramente no seu relatório que na fórmula — *direito de contrair casamento*, que era mais ampla que a fórmula — *capacidade de contrair casamento*, se compreendia o que respeita aos vícios do consentimento, e a conferência nenhuma observação fez sôbre o assunto, parece legítimo concluir que aquele artigo da convenção abrange, com efeito, não só a teoria dos impedimentos, mas a teoria geral das condições de validade intrínseca do casamento e, designadamente, a teoria dos vícios do consentimento.

Esta conclusão é confirmada pelo preâmbulo da convenção, segundo o qual esta teve por destino estabelecer disposições comuns para regular a resolução dos conflitos de leis concernentes às *condições de validade do casamento*, sendo, como é, certo que o artigo 1.º é a única disposição geral relativa às condições de validade intrínseca.

Não obstante tudo isto, entendem os escritores citados que as palavras do artigo 1.º da convenção — *direito de contrair casamento* — não podem ser entendidas como compreendendo os vícios do consentimento, referindo-se apenas à capacidade das partes. «A intenção do legislador internacional, escreve Buzzati, não pode dar lugar a dúvidas. Mas o que um legislador pretendeu dizer só tem um valor relativo: o que importa saber é o que disse na convenção que os Estados ratificaram. E eu creio firmemente que as palavras «droit de contracter mariage» não podem ser entendidas como compreendendo os vícios do consentimento, mas *só* e *exclusivamente* a capacidade das partes» (1).

Fôsse qual fôsse a intenção da conferência, acrescenta o mesmo escritor, a uma disposição qualquer não se pode atribuir senão o sentido que ela efectivamente tem e, por «direito de contrair casamento», não se pode entender senão o direito subjectivo de uma pessoa para contrair casamento e um determinado casamento. Não se pode crer que aquelas palavras compreendam os vícios do consentimento, porque êstes respeitam a um outro requisito essencial da validade do negócio jurídico, e porque duas pessoas podem ter perfeitamente o direito de contrair entre si casamento, e todavi

(1) Ob. cit., pág. 87.

êste ser nulo ou anulável, se o consentimento tiver sido extorquido com violência, dado por êrro ou arrancado por dolo (1).

Discordamos desta opinião, abrangendo, em nosso entender, o artigo 1.° da convenção tanto o que respeita à capacidade matrimonial como o que se refere aos vícios do consentimento.

Não se pode dizer que, fôsse qual fôsse a intenção da conferência, a uma disposição da convenção não pode atribuir-se senão o sentido que ela efectivamente tem e, que conseguintemente, por «direito de contrair casamento» se não pode entender senão o direito subjectivo de uma pessoa para contrair casamento e um determinado casamento.

Ás palavras da convenção deve dar-se o significado que a conferência lhes quis atribuir e não aquele que nós julgarmos mais próprio. E, portanto, desde que temos elementos para verificar que a conferência quis abranger na fórmula «direito de contrair casamento» os vícios do consentimento, é nesse sentido que devemos entender as palavras da convenção. Não é inùtilmente que na teoria da interpretação das leis aparece o reconhecimento do elemento histórico.

Demais, é tão estreita a relação entre os impedimentos e os vícios do consentimento que algumas legislações consideram como impedimentos vícios do consentimento, assim o fazendo, por exemplo, a lei brasileira quanto à coacção (Código civil, artigo 183.°, n.° IV), nada admirando, portanto, que fôsse pensamento da conferência sujeitar ao mesmo regime a capacidade matrimonial e os vícios do consentimento.

Por fim, importa notar que o casamento, como acto de vontade, tem por efeito a constituïção do estado de cônjuge e que deve considerar-se competente, como mostramos noutro lugar (2), para determinar a vontade suficiente para produzir um acto jurídico a lei que regula o efeito criado por êsse acto. Por isso, se o casamento cria para os contraentes o estado de cônjuge e se para regular a criação dêste estado se considera competente a lei nacional de cada um dos

(1) Ob. cit., pág. 93.
(2) Supra, n.° 240.

futuros cônjuges, a mesma lei se deve considerar competente para determinar a vontade para isso suficiente.

Julgamos, pois, legítima a conclusão de que, na fórmula «direito de contrair casamento», entra a teoria dos vícios do consentimento, de que a fórmula abrange todas as condições de validade intrínseca, e de que, assim, a convenção contém o regime jurídico internacional de todas as condições de validade do casamento.

312 — Para determinar a lei normalmente reguladora do direito de contrair casamento, formula a convenção uma *regra de competência directa* e uma *regra de devolução*, podendo a doutrina do artigo 1.° indicar-se dêste modo: *a lei reguladora do direito de contrair casamento é a lei nacional ou a lei expressamente indicada pela lei nacional.*

a) *Competência da lei nacional.* Em harmonia com a tendência preponderante da doutrina e do direito positivo, a convenção submeteu a validade intrínseca do casamento à lei pessoal (1) e, conformando-se com o direito vigente na maioria dos Estados representados nas conferências da Haia (2), considerou como lei pessoal a lei nacional. Em verdade, a legislação da grande maioria dêsses Estados já mandava regular as condições de validade intrínseca do casamento pela lei nacional dos futuros cônjuges. E esta cir-

(1) L. I, n.os 122, 123 e 128.

(2) Ao tempo em que foi organizada e assinada a convenção, era o seguinte o estado do direito dos Estados contratantes acêrca das condições de validade intrínseca do casamento: α) O direito belga, francês, espanhol, holandês, italiano, luxemburguês, português e rumeno, ou por disposição expressa, ou por interpretação incontestada da jurisprudência, mandava regular o direito de contrair casamento pela lei nacional dos cônjuges, quer o casamento fôsse celebrado entre nacionais, entre estranjeiros, ou entre nacionais e estranjeiros, quer fôsse contraído no país ou no estranjeiro (Lei belga de 20 de maio de 1882; Códigos civis — francês, artigos 3.° e 170.°, espanhol, artigo 9.°, italiano, tit. prel., artigos 6.°, 100.° e 102.°, português, artigos 1065.° e 1066.°, e rumeno, artigo 2.°, alínea 2.ª; lei holandesa de 15 de maio de 1829, (artigo 6.°), sendo no mesmo sentido a doutrina preponderante acêrca do direito austriaco (Buzzati, ob. cit., pág. 52); β) o direito alemão mandava igualmente aplicar a lei nacional, admitindo, porém, a devolução por esta lei para a lei alemã (Lei de introdução do Código civil, artigos 7.°, 13.° e 30.°); γ) o direito húngaro mandava também aplicar a lei nacional, permitindo a devolução para a lei húngara ou para a lei de um terceiro Estado (Lei XXX de 1894, artigo 108.° a 111.°) e determinando, demais, que as condições de validade intrínseca do casamento, além da idade e da capacidade geral, seriam reguladas pela lei nacional de ambos os cônjuges e que, no casamento de um húngaro com uma estran-

cunstância preparou e facilitou, evidentemente, a aceitação do sistema da competência da lei nacional como lei reguladora das condições de validade intrínseca do casamento.

Mas, se a convenção, ao adoptar a lei nacional como lei reguladora do direito de contrair casamento, foi um *efeito* do sistema seguido pela maioria dos Estados signatários, converteu-se, depois de assinada e ratificada, numa *causa* de desenvolvimento do mesmo sistema no *território convencional*. E assim foi que: 1.º) a Suécia generalizou, com a lei que aprovou a convenção, o sistema seguido por esta ao casamento de todos os estranjeiros e, portanto, ainda aos súbditos de Estados não contratantes, mandando aplicar a todos a sua lei nacional ou a lei a que esta se referir (1); 2.º) e a Suíça deixou de exigir, pelo seu código civil, promulgado pela lei de 10 de dezembro de 1907 e em vigor desde 1 de janeiro de 1912, para a validade do casamento de estranjeiros no país a observância cumulativa da sua lei nacional e da lei suíça, prescrevendo apenas a observância da lei nacional (Título final, artigo 59.º, alínea 7 c).

Sendo assim, a lei nacional, se já tinha, antes da convenção, o predomínio nas relações dos Estados contratantes, como lei reguladora das condições de fundo do casamento, êsse predomínio acentuou-se depois que a convenção entrou em vigor.

jeira ou de um estranjeiro com uma húngara, aquelas condições seriam reguladas pela lei nacional do marido; *f*) o direito sueco mandava regular o casamento de suecos pela lei sueca e o casamento de estranjeiros pela lei do lugar da celebração (Synnestvedt, *Le droit international privé de la Scandinave*, pág. 236 e seg.); *g*) o direito suíço sujeitava o casamento de suíços no estranjeiro à lei suíça ou à lei do lugar da celebração, e o casamento de estranjeiros na Suíça à observância cumulativa da sua lei nacional e da lei suíça (Lei federal de 24 de dezembro de 1874, artigos 25.º, 31.º, 37.º e 56.º; Buzzati, ob. cit., pág. 58 e 59).

Esta resenha mostra: 1.º) que todas as legislações dos Estados contratantes admitiam o sistema da lei nacional para regular a validade intrínseca do casamento de nacionais; 2.º) que a observância da lei nacional era obrigatória para os nacionais em todos os Estados, a excepção da Suíça, que facultava a observância da lei suíça ou da lei do lugar da celebração; 3.º) que a grande maioria dos Estados sujeitava sempre a validade do casamento de estranjeiros à observância da sua lei nacional, pois apenas a Suécia a subordinava à observância da lei do lugar da celebração e a Suíça à observância cumulativa da lei nacional e da lei suíça, a Alemanha admitia a devolução para a lei alemã, e a Hungria reconhecia a devolução para a lei húngara ou para a lei de um terceiro Estado.

(1) Vide Lei sueca de 8 de julho de 1904 (Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 45).

2.º *Competência da lei expressamente indicada pela lei nacional.* Se a maioria dos Estados representados nas conferências da Haia já adoptava o sistema da lei nacional como lei reguladora da validade intrínseca do casamento, alguns Estados, porém, aí estavam representados que davam competência à lei do domicílio (Dinamarca e Noruega) ou à lei do lugar da celebração (Suécia e Suíça), e daí a modificação introduzida ao princípio de competência da lei nacional no sentido de reconhecer, não sòmente a competência desta lei, mas também a competência da lei do domicílio ou da lei do lugar da celebração, quando a competência de qualquer destas leis fôsse estabelecida pela própria lei nacional. Isto é, estabeleceu-se uma *regra de devolução*, como já notamos, ao estudar os conflitos de regras de competência legislativa (1).

Qual, porém, o valor jurídico e o alcance prático da regra de devolução admitida pela convenção?

O *valor jurídico* da regra de devolução estabelecida pela convenção tem de apreciar-se em face dos motivos que determinaram a aceitação dessa regra pela conferência da Haia de 1900, pois foi esta conferência que definitivamente adoptou a mesma regra.

A conferência de 1900 celebrava-se num momento em que a teoria da devolução era largamente discutida e por muitos internacionalistas vivamente combatida. Era natural, por isso, que a conferência se pronunciasse sôbre o valor da teoria, tanto mais que a própria Alemanha, que consagrara, havia pouco, a teoria na lei de introdução do Código civil (artigo 27.º) (2), propunha que ao projecto de convenção sôbre o casamento se acrescentasse um artigo assim formulado — «Quando a convenção prescreve a aplicação de uma lei, deve entender-se como tal o direito interno do país, de modo que, salva a excepção do artigo 1.º, fique excluída a devolução que a lei de um país faça para o direito de outro país», — proposta que tinha evidentemente por fim pôr de lado a teoria da devolução na interpretação da convenção.

E, efectivamente, a conferência manifestou-se: «Não há que insistir, diz a comissão respectiva, sôbre a regra de

(1) L. 1, n.os 53 a 61, designadamente, a pág. 538 e 539.
(2) L. 1, pág. 379 e 538.

devolução, suas vantagens e inconvenientes. Os membros da comissão, *que condenam esta regra em geral,* pensam que, se ela é aceitável em algum caso, é naquele de que tratamos, pois, com a aplicação que verosimilmente se lhe dará, o resultado será diminuir os casos de nulidade do casamento» (1). E êste era por certo o sentir da grande maioria dos membros da conferência, a qual se não pronunciou contra o parecer da comissão.

A conferência, portanto, não reconheceu a legitimidade científica da devolução, apenas a admitiu por um *motivo de oportunidade*—assegurar o mais possível a validade do casamento.

Ainda outros motivos de oportunidade determinaram a atitude da conferência, segundo se deixa de ver de uma memória submetida à sua apreciação pelo presidente Asser, com o título *Quelques observations concernant le sistème du renvoi* (2). Nesta memória, Asser, ao mesmo tempo que dizia que não hesitava em declarar que a teoria da devolução era contrária ao objectivo científico do direito internacional privado, o qual consiste em designar directamente a própria lei que deve regular uma relação jurídica, e ao destino final das convenções sôbre conflitos de leis, que é a solução uniforme dêsses conflitos em todos os Estados contratantes, procurou mostrar que, emquanto não é realizável o alto ideal da uniformização convencional do direito internacional privado, o sistema da devolução teria a dupla vantagem de evitar que um e o mesmo casamento fôsse válido num país e nulo em outro país, e de conseguir que a convenção sôbre o casamento fôsse assinada mesmo pelos Estados que ainda se não resolveram a substituir o sistema da lei do domicílio pelo sistema da lei nacional, como lei pessoal.

Êstes motivos de oportunidade invocados pela comissão de 1900 e por Asser justificarão, com efeito, a concessão feita pela convenção à teoria da devolução?

O motivo invocado no relatório da comissão de 1900 não passa, como mostrou Buzzati (3), de uma ilusão. Em harmonia com o mesmo relatório, é pela lei nacional de cada um

(1) *Actes*, III, pág. 169.
(2) *Documents*, III, pág. 182.
(3) Ob. cit., n.º 18.

dos futuros cônjuges que deve determinar-se se a aplicação de outra lei (a lei do domicílio ou a lei do lugar da celebração) é facultativa ou obrigatória. Se for obrigatória, por exemplo, a aplicação da lei do domicílio, como acontece na Dinamarca e na Noruega, deverá ser a lei do domicílio a lei exclusivamente aplicada para regular o direito de contrair casamento dos nacionais do Estado que sigam o sistema da lei do domicílio quando domiciliados em país estranjeiro. Daí resultará que o casamento de tais indivíduos, sendo nulo segundo a lei do domicílio, embora seja válido segundo a lei nacional, deverá ser considerado nulo mesmo pelos Estados que seguem o sistema da lei nacional, que aliás o considerariam válido se a isso se não opusesse a regra de devolução admitida pela convenção. A doutrina da comissão apenas seria verdadeira em relação ao direito suíço, que não substitui à competência da lei nacional a competência da lei do lugar da celebração, mas reconhece a competência de uma ou outra lei, a fim de favorecer a validade do casamento.

A primeira vantagem aduzida por Asser é real. Sem a existência de um tratado que estabeleça o contrário, o casamento dos nacionais de um Estado de sistema da lei do domicílio, domiciliados num Estado de sistema da lei nacional, sendo celebrado em harmonia com a lei do domicílio e em contrário da lei nacional, seria válido no primeiro Estado e nulo no segundo. Com a regra de devolução aceita pela convenção, o casamento será sempre válido: — no país de origem, pois se respeita a lei normalmente competente segundo o direito dêsse país; e no país do domicílio, pois se cumpre a lei competente segundo a regra de devolução aceita pelo mesmo país.

A segunda vantagem posta em relêvo por Asser só se verificou relativamente à Suíça. Dos três Estados representados na conferência que estabeleciam a competência de uma lei diferente da lei nacional para regular o casamento dos seus nacionais — a Dinamarca e Noruega a lei do domicílio, e a Suécia a lei do lugar da celebração —, só a Suíça assinou a convenção.

De modo que a regra de devolução estabelecida pela convenção apenas produziu o resultado de os Estados contratantes reconhecerem a validade do casamento de suíços cele-

brado em país estranjeiro segundo a lei do lugar da celebração, o que representa certamente uma vantagem mínima para explicar a concessão feita a uma teoria falsa e condenada pela própria conferência que fez a concessão (1).

Mas, com ou sem razão suficiente, a regra de devolução está na convenção, tornando-se, por isso, necessário determinar quando deve ser aplicada e quais são os Estados contratantes em relação aos quais pode ter aplicação.

A regra de devolução só deve aplicar-se quando na legislação do Estado de qualquer dos futuros cônjuges houver uma regra de direito *expressa* que mande regular o direito de contrair casamento por uma lei diferente da lei nacional. Quis a conferência de 1900 definir com precisão os casos de aplicação da regra de devolução e, por isso, exigiu um preceito expresso, dando a comissão o motivo da exigência nestas palavras: «Como no país onde os estranjeiros pretendam contrair casamento pode haver incerteza sôbre se a lei nacional devolve ou não para outra lei, convém que haja na lei nacional uma disposição expressa a êste respeito» (2).

Mas, se a devolução pela lei nacional dos futuros cônjuges para uma outra lei deve ser expressa, pode, em todo o caso, ser *obrigatória* ou *facultativa*. A convenção torna a aplicação da regra de devolução dependente apenas de a lei nacional devolver para outra lei, não qualifica a devolução e, por isso, tem de entender-se que é qualquer forma de devolução, facultativa ou obrigatória (3).

Quanto ao âmbito de aplicação da regra de devolução em face do modo de ser actual das legislações dos Estados contratantes, o seu alcance é muito limitado. Apenas pode aplicar-se, e, facultativamente, ao casamento de suíços em país estranjeiro, pois, das leis daqueles Estados, apenas a lei suíça remete, e de modo facultativo, para outra lei, a lei do lugar da celebração.

O código civil suíço, como já antes acontecia com a lei federal de 1874, declara válido o casamento contraído em país estranjeiro por cidadãos suíços em harmonia com a lei

(1) Vide *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 43, n.º 1826, pág. 3.
(2) *Actes*, III, pág. 169; Conf. Travers, ob. cit., I, n.º 88.
(3) Travers, ob. cit., I, n.º 89.

aí em vigor e determina que não poderá ser anulado na Suíça o casamento celebrado em país estranjeiro em contravenção da lei do lugar da celebração, desde que não seja anulável segundo a lei da Suíça (Título final, artigo 59.º, alínea 7 f).

Como se vê, por um lado, a lei suíça remete expressamente para a lei do lugar da celebração e, por outro lado, não obriga os seus nacionais a conformarem-se com essa lei, já que não permite a anulação do casamento desde que se cumpra a lei suíça.

Sendo assim, será válido o casamento celebrado em Portugal entre um suíço e uma portuguesa, desde que, em relação à mulher, se observe a lei portuguesa e, em relação ao marido, se observe a lei portuguesa ou a lei suíça.

O casamento de suíços em país estranjeiro em harmonia com a lei do lugar da celebração será, porém, nulo, se for celebrado no estranjeiro com a intenção de iludir as causas de nulidade da lei suíça (Título final, artigo citado, alínea citada) (1).

313 — O artigo 1.º da convenção emprega três vezes a palavra *lei* nas fórmulas *lei nacional, esta lei* e *outra lei*. Por isso, para a boa compreensão do preceito, importa determinar, não só o significado exacto da palavra *lei*, mas também o verdadeiro alcance das duas fórmulas *lei nacional* e *lei nacional de cada um dos futuros cônjuges*.

A palavra *lei* tem em direito internacional privado dois sentidos, significando ora *lei material*, isto é, preceito que *regula* ou *disciplina* uma relação jurídica, como é a lei que fixa a idade da maioridade ou da emancipação ou determina quais são quer os impedimentos do casamento quer os vícios do consentimento, ora *regra de conflitos de leis* ou *norma de aplicação*, isto é, regra ou norma que *atribui competência* à lei material de um Estado para regular uma relação jurídica, como é a regra que manda regular a capacidade pela lei nacional.

Num e noutro sentido é tomada a palavra *lei* no art. 1.º, tornando-se, por isso, necessário saber quando significa lei

(1) L. I, n.º 166.

material e quando significa regra de conflitos. Analisemos cada uma das fórmulas.

Na fórmula *lei nacional,* a palavra *lei* significa claramente *lei material* ou *lei interna,* ou, como diz a primeira comissão da conferência de 1900, *lei que regula as condições do casamento* (1), pois se vê do texto que êle quis indicar a lei reguladora daquelas condições (2).

Na fórmula *esta lei,* a palavra *lei* significa *regra de conflitos,* pois é manifesto que os autores da convenção quiseram referir-se a um preceito da lei nacional que indique a lei interna de outro Estado para regular as condições de validade do casamente. É no mesmo sentido a interpretação de Travers (3) e da comissão de 1900 (4).

Na fórmula *outra lei,* já a palavra *lei* tem de nôvo o sentido de *lei material* ou *interna,* pois o legislador internacional teve em vista claramente a lei indicada pela regra de conflitos da lei nacional, e esta regra só podia referir-se a uma lei interna estranjeira, aliás nunca chegaria a determinar-se a lei reguladora da validade intrínseca do casamento.

Conhecido o sentido da palavra *lei,* verifiquemos o alcance da fórmula simples—a) *lei nacional* e da fórmula complexa—b) *lei nacional de cada um dos futuros cônjuges.*

a) A fórmula *lei nacional* implica, como nota Travers (5), uma relação de nacionalidade entre cada um dos futuros cônjuges e o Estado cuja legislação se tem em vista, significa, por isso, a lei do Estado de que êles são nacionais, e exclui naturalmente qualquer outro laço que não seja a nacionalidade, como o laço de protectorado ou de domicílio (6).

b) A fórmula *lei nacional de cada um dos futuros cônjuges,* embora seja um tanto equívoca e possa, entendida

(1) *Actes,* III, pág. 168.
(2) Travers, ob. cit., pág. 32.
(3) Ob. cit., pág. cit.
(4) *Actes,* III, pág. 168.
(5) Ob. cit., pág. 33.
(6) Notaremos que, em nosso entender, a fórmula *lei nacional* compreende *qualquer lei* vigente no território europeu dos Estados contratantes, quer se trate de uma lei de origem religiosa ou de origem laica, quer se trate, quanto aos Estados federais, de uma lei federal ou de uma lei particular de um dos Estados federados. Vide, porém, em sentido contrário, Travers, ob. cit., I, n.os 44 e seg.

literalmente, autorizar a interpretação de que o artigo 1.º prescreve a aplicação cumulativa das leis nacionais dos dois esposos a cada um deles, deve ser entendida no sentido de que significa que o direito de contrair casamento é regulado, relativamente a cada um dos futuros cônjuges, exclusivamente pela lei do seu país.

Esta doutrina resulta da história do artigo e do pensamento que presidiu à sua redacção.

O artigo, na forma em que o votou a conferência de 1893, tinha uma segunda alínea, em que se dizia que, para o casamento poder celebrar-se, era «necessário que os futuros cônjuges se encontrassem nas condições previstas pela sua lei nacional *respectiva*» (1).

Esta passagem ainda se encontrava no artigo votado pela conferência de 1894 (2) e, se desapareceu no projecto da comissão de 1900, foi porque a comissão a considerou como uma explicação inútil da primeira alínea do artigo (3).

O pensamento que presidiu à redacção do artigo foi sujeitar cada um dos esposos à respectiva lei nacional para a determinação das condições de validade intrínseca do casamento. Mostra-o a seguinte passagem do relatório da comissão de 1900: «cada um dos futuros cônjuges deve ser capaz segundo a sua lei nacional» (4).

Êste princípio, que é de consequências práticas importantes, como veremos em breve, tem ainda o valor teórico de consagrar a *igualdade dos futuros cônjuges,* quanto ao direito de contrair casamento, não subordinando a mulher à lei do marido, o que aliás seria incompreensível num momento em que ainda não está constituída a união conjugal (5).

314—Conhecido o significado geral do artigo 1.º quanto à determinação da lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento, vejamos como essa lei deve ser aplicada em matéria de impedimentos e em matéria de vícios do consentimento.

(1) *Actes,* I, Protocolo final, pág. 1.
(2) *Actes,* II, Protocolo final, pág. 1.
(3) *Actes,* III, pág. 168.
(4) *Actes,* III, pág. 169.
(5) Vide Travers, ob. cit., I, n.º 81 e seg.

I — *Impedimentos.* Denominam-se *impedimentos* as proïbições ou obstáculos que a lei opõe ao casamento.

Os impedimentos podem ser:

1.°) *absolutos,* quando a lei proíbe o casamento com qualquer pessoa, como acontece com a proïbição de casar antes de atingir uma certa idade (Decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, artigo 4.°, n.° 3.°).

2.°) *relativos,* quando a lei proíbe o casamento com certas pessoas, como é a proïbição do casamento entre parentes (Decreto cit., artigo 4.°, n.°s 1.° e 2.°).

3.°) *dirimentes,* quando tornam *nulo* ou *anulável* o casamento celebrado apesar da sua existência, como são, entre nós, o impedimento de casamento anterior não dissolvido, que torna o casamento nulo, e a falta de autorização dos pais ou de quem os represente, quanto ao casamento de menores de vinte e um e maiores de dezoito ou de dezasseis anos, segundo se trate de homens ou mulheres, que torna o casamento anulável (Decreto cit., artigo 4.°, n.° 6.°, e artigos 5.°, 11.° e 13.°).

4.°) *impedientes,* quando obstam ao casamento, mas não produzem a sua nulidade ou anulabilidade quando celebrado apesar da sua existência, como é, entre nós, o casamento entre tio e sobrinha ou entre tia e sobrinho (Decreto cit., artigo 8.°).

Os impedimentos podem, assim, classificar-se em absolutos e relativos, e em dirimentes e impedientes, segundo a extensão da proïbição ou segundo a sanção da mesma proïbição.

Nas leis dos Estados contratantes aparecem impedimentos de todas estas categorias e, dentro de cada categoria, é por vezes grande o número de impedimentos.

As proporções dêste trabalho não permitem o estudo comparativo das leis dos Estados contratantes acêrca de impedimentos matrimoniais e, por isso, nos limitaremos a indicar de modo geral as categorias de impedimentos existentes naquelas leis e a estudar as questões de direito internacional a que êles dão lugar.

a) *Idade.* Uma primeira categoria de impedimentos respeita à *idade* dos contraentes.

Sob êste ponto de vista, aparecem nas leis dos Estados

contratantes três impedimentos — a falta de *puberdade legal,* a falta da *maioridade nupcial,* e a falta dos *actos respeitosos.*

A *puberdade legal* represnta o *mínimo de idade* abaixo do qual o indivíduo não pode casar-se.

Êste mínimo é sempre fixado pela lei, sendo em Portugal, por exemplo, aos 18 anos para o homem e aos 16 para a mulher (Decreto de 1910, artigo 4.°, n.° 3.°), e é, em algumas legislações, como na nossa, *irredutível.* Na maioria dos Estados contratantes pode, porém, o *mínimo legal* de idade ser *reduzido* pela autoridade competente quando se dêm circunstâncias que aconselhem a redução. E assim, na Itália, onde o mínimo legal de idade é aos dezoito anos para o homem e aos quinze para a mulher, o rei pode, por motivos graves, conceder dispensa até aos quatorze anos para o homem e até aos doze para a mulher (1).

Embora tenha atingido a puberdade legal, o indivíduo não adquire desde logo, segundo a generalidade das legislações, a faculdade de casar sem *autorização* dos pais ou de quem os represente, exigindo as leis a *maioridade nupcial,* que ora começa com a maioridade exigida para o exercício da generalidade dos direitos civis, como acontece entre nós (Código civil, artigo 311.°; Decreto 1910, artigo 5.°), ora começa mais tarde, como acontece na Itália, onde começa para o homem apenas aos vinte e cinco anos (2).

A exigência de autorização do casamento antes de atingida a maioridade nupcial determina, nas legislações que a admitem, preceitos complementares para a hipótese de os pais não existirem ou não poderem prestar o seu consentimento (3), reconhecendo algumas leis recurso para os tribunais de justiça no caso de recusa de autorização, como acontece na Holanda (4).

Além da puberdade legal e da maioridade nupcial, ainda algumas legislações exigem os chamados *actos respeitosos,* determinando que os filhos, embora possam casar sem autorização dos pais, lhes peçam o seu consentimento e lhes comuniquem, no caso de recusa, o projecto de casa-

(1) Código civil, artigo 55.°.
(2) Código civil, artigos 63.° a 66.°.
(3) Decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, artigo 6.°.
(4) Código civil, artigo 92.° e seg.; Lei de 6 de fevereiro de 1901.

mento, o qual só pode ser celebrado depois de justificada a comunicação (1).

Tais são os impedimentos relativos à idade. A sua existência e o seu valor são determinados pela lei nacional ou pela lei a que esta se refira.

Contudo, a idade da puberdade legal pode ser redùzida; depois da puberdade legal e antes da maioridade nupcial, pode ser necessária a autorização, quer dos pais quer das pessoas ou entidades que os substituam; da divergência entre os pais ou da sua recusa pode haver recurso para os tribunais; e, quando necessários os actos respeitosos, pode ser necessário comunicar aos ascendentes a celebração do casamento.

Qual, pois, a autoridade competente para conceder a redução da idade da puberdade? Qual o tribunal competente para decidir da divergência entre os pais sôbre a concessão da autorização ou para conhecer do recurso a interpor da recusa da autorização? Qual o meio competente para comunicar a celebração do casamento, no caso de a lei normalmente competente exigir a prática de actos respeitosos? Eis outras tantas questões de direito internacional privado que importa resolver.

a) *Redução de idade.* A convenção que analisamos não resolveu directamente as questões de *conflitos de jurisdições* ou de *conflitos de leis de processo* que a sua execução pode suscitar e daí as questões que ficam formuladas e que tentaremos resolver.

A competência da autoridade para reduzir o mínimo legal da idade da puberdade nunca foi considerada nos trabalhos preparatórios da convenção. Foi, porém, considerada a dispensa do impedimento de parentesco, a respeito da qual escreveu a comissão da conferência de 1893: «Se, no país de origem, o casamento do tio com a sobrinha dever ser autorizado, como na Bélgica, será necessário e bastará que o tio e a sobrinha produzam perante a autoridade francesa dispensas concedidas pela autoridade belga. A comissão não julga

(1) Os actos respeitosos ainda são exigidos pelo direito belga, francês e luxemburguês (Vide lei belga de 30 de abril de 1896; código civil francês, artigo 151.º e leis francesas de 20 de junho de 1896 e de 21 de junho de 1907; e lei luxemburguesa de 12 de junho de 1898).

dever recomendar a regra admitida pelo *Instituto de direito internacional*... (1) Pareceu à comissão que se dava assim à autoridade do lugar da celebração uma atribuïção que, por um lado, era contrária ao princípio admitido e, por outro lado, seria dificilmente exercida por esta autoridade. A disposição que admite a dispensa e indica a autoridade competente e as formas a seguir, está intimamente ligada à disposição que estabelece o impedimento. A lei nacional deve ser, pois, exactamente seguida tanto no que respeita à dispensa como no que se refere ao impedimento; um tio e uma sobrinha não podem, no estranjeiro ou na Bélgica, casar-se vàlidamente senão com dispensa concedida pela autoridade belga. De mais, não é razoável encarregar a autoridade do lugar da celebração de conceder dispensas, porque o seu ponto de vista pode ser totalmente diferente do da autoridade de origem. Ainda mesmo que o sistema das dispensas exista nos dois países, como por exemplo na Bélgica e na França, isto não envolve que as dispensas sejam concedidas nos dois países por motivos idênticos. Além disso, num país que não admite o sistema das dispensas, dificilmente se concebe que a autoridade queira consentir em introduzi-lo para uma certa categoria de estranjeiros» (2).

Nada em contrário foi dito ou resolvido na conferência de 1893 ou nas de 1894 e 1900 e, por isso, deve entender-se que só podem ser dispensados os impedimentos para que a lei nacional dos esposos admita dispensa, e que esta só pode ser concedida pelas autoridades para isso competentes segundo a lei nacional.

E esta doutrina, além de resultar do artigo 1.º, que dá competência à lei nacional para regular os impedimentos matrimoniais, resulta ainda do artigo 4.º, alínea 1.ª, que determina que os estranjeiros devem provar, para se casarem,

(1) No artigo 6.º do projecto de *Regulamento internacional dos conflitos de leis em matéria de casamento e de divórcio*, votado na sessão de Lausanne de 1888, formulou o Instituto de direito internacional esta doutrina: «As autoridades do país em que é celebrado o casamento poderão conceder dispensa dos impedimentos resultantes de parentesco ou de afinidade entre os futuros cônjuges ou da falta de consentimento de seus pais ou tutores, nos casos e na medida em que esta faculdade pertenceria, em virtude da lei nacional dos futuros cônjuges, às autoridades do seu país» (*Annuaire* cit., XI, pág. 61).

(2) *Actes*, I, pág. 47.

que satisfazem às condições necessárias segundo a sua lei nacional, donde se infere que devem provar que, na hipótese de haver pela lei nacional um impedimento que admita dispensa, a dispensa foi concedida pela autoridade competente segundo a mesma lei nacional.

E deve dizer-se que o sistema adoptado pela convenção é uma conseqüência lógica do reconhecimento da competência da lei nacional para regular as condições de validade intrínseca do casamento. Desde que é a lei nacional que determina os impedimentos do casamento, deve essa lei determinar também se algum dos impedimentos pode ser dispensado, as condições em que pode ser concedida a dispensa, a autoridade competente para apreciar essas condições e, conseguintemente, para conceder a dispensa.

Trata-se assim de um caso nítido em que a competência da jurisdição depende da competência da lei. A autoridade competente para dispensar impedimentos é a autoridade do país cuja lei é competente para determinar a existência e o valor dos mesmos impedimentos (1).

Ora o que se diz da competência para dispensar o impedimento de parentesco, deve dizer-se da competência para conceder a dispensa de parte do mínimo da idade da puberdade legal. A razão de decidir é fundamentalmente a mesma (2).

β) *Autorização do casamento durante a menoridade nupcial.* No caso de divergência entre os pais acêrca da concessão de autorização para contrair casamento ou no caso de recusa pelos pais dessa autorização, reconhecem algumas das leis dos Estados contratantes recurso para um tribunal judicial, para decidir o litígio entre os pais ou entre os pais e os filhos. A possibilidade do recurso é, sem a mínima dúvida, resolvida pela lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento, pois se trata, claramente, da organização de uma condição de validade intrínseca.

Mas a competência jurisdicional? Pertencerá exclusivamente aos tribunais do país de que os contraentes sejam

(1) L. I, n.º 182.
(2) Vide no mesmo sentido Travers, ob. cit., I, n.ºs 103 e 104.

nacionais, ou pertencerá também aos tribunais dos outros Estados?

Como foi declarado pela comissão de 1900 (1), a conferência não julgou possível entrar nas dificuldades que levantam os conflitos de jurisdições em matéria de casamento e, por isso, deve entender-se que essas dificuldades ficaram fora da convenção, tendo de ser consideradas em face do direito comum de cada um dos Estados contratantes. Trataremos, por isso, da questão ao estudar o direito português comum.

γ) *Comunicação aos ascendentes do projecto de celebração do casamento.* A necessidade de fazer esta comunicação tem de julgar-se em face da lei reguladora do direito de contrair casamento. Mas por que meio, quando o casamento seja celebrado em país estranjeiro?

Trata-se da forma de realização de um acto e, por isso, deverá seguir-se o princípio *locus regit actum*, aplicando-se a lei do lugar da prática do mesmo acto.

Mas, se a lei local não admitir os actos respeitosos, como acontece entre nós, e não tiver, portanto, regulado a forma de notificação do projecto de casamento?

Entendemos que deve recorrer-se ao meio adoptado na lei local para a realização de notificações destinadas a tornar conhecido um determinado facto e que, portanto, deverá ser seguido, entre nós, o processo regulado nos artigos 641.º e seguintes do Código de processo civil (2).

b) *Parentesco.* Uma segunda categoria de impedimentos existentes em todas as legislações é referente ao *parentesco*, que pode ser por consanguinidade ou por afinidade, legítimo ou ilegítimo, adoptivo, e espiritual.

O impedimento de parentesco varia, porém, em extensão e em valor, de legislação para legislação, devendo essa extensão e valor medir-se pela lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento.

Esta doutrina só poderá ter excepção, em face do artigo 3.º da convenção, quanto ao parentesco espiritual — *cognatio spiritualis*, visto êsse artigo facultar que a lei do lugar da celebração permita o casamento proïbido pela lei reguladora

(1) *Actes*, III, pág. 179.
(2) Vide Travers, ob. cit., I, n.º 127.º.

do direito de contrair casamento por um motivo de ordem religiosa.

O impedimento de parentesco é algumas vezes susceptível de dispensa, como geralmente acontece com o parentesco entre tios e sobrinhos. A autoridade competente para conceder a dispensa é, como já foi dito, a autoridade do país cuja lei estabelece o impedimento e permite a dispensa (1).

Diferentemente do impedimento de idade, que é um impedimento *absoluto*, o impedimento de parentesco é um impedimento *relativo*. Isso não obsta, porém, a que exista quando o estabeleça apenas a lei de um dos futuros cônjuges. Desde que um impedimento existe segundo a lei de qualquer dos futuros cônjuges, obsta ao casamento, embora seja necessário tomar em consideração a pessoa do outro cônjuge e a lei dêste o não estabeleça. É o que resulta da aplicação lógica dos princípios.

c) *Esponsais e casamento anterior*. Em regra, as leis dos Estados contratantes não atribuem aos *esponsais* o valor de um impedimento. Contudo, a legislação sueca determina que quem contrai validamente esponsais não poderá casar com pessoa diferente do seu noivo, a não ser com consentimento dêste (2), devendo tal impedimento ser respeitado nos outros Estados contratantes.

O *casamento anterior* é origem de uma série de impedimentos, cujo valor é diferente e deve ser apreciado, em regra, segundo a lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento, como são — o impedimento de casamento anterior não dissolvido, o divórcio, que aparece já como impedimento entre os divorciados (França, Holanda, Luxemburgo e Suíça) já como impedimento entre os divorciados e terceiros dentro de certo prazo (França e Suíça), a instigação ao divórcio, a viúvez e o casamento com um ausente (3).

Dêstes impedimentos, que, em princípio, todos devem ser respeitados quando estabelecidos pela lei normalmente competente para regular o direito de contrair matrimónio,

(1) Supra, pág. 360.
(2) Código sueco de 1794, título do matrimónio, capítulos III e IV.
(3) Travers, ob. cit., I, n.os 481 e seg.

merece especial referência o casamento com um ausente, em virtude da divergência de efeitos atribuídos à ausência pelas leis dos Estados contratantes.

Seguem estas legislações dois sistemas acêrca da faculdade de o cônjuge presente contrair um nôvo casamento.

O primeiro sistema, adoptado pelo direito italiano, luxemburguês, português, rumeno e suíço, é caracterizado pela proïbição de o cônjuge presente contrair nôvo casamento sem que haja a certeza da morte do ausente ou sem que o casamento tenha sido dissolvido pelo divórcio. No segundo sistema, consignado pelo direito alemão, holandês e suíço, o cônjuge presente pode casar, ou logo depois de declarada a ausência (Alemanha), ou passado um certo prazo (dez anos na Holanda e sete na Suécia), e mediante autorização judicial. Êste segundo sistema considera a declaração de ausência como *declaração de morte* e daí a possibilidade do casamento (1).

Dada esta divergência fundamental das legislações, importa determinar a sua influência no regime jurídico internacional do casamento.

A situação varia nas duas hipóteses de a lei normalmente competente para reger os impedimentos ser de um Estado do primeiro sistema e o cônjuge presente casar num Estado do segundo sistema, ou de a lei dos impedimentos ser de um país do segundo sistema e o cônjuge presente querer casar num Estado do primeiro sistema.

Na primeira hipótese, a solução é muito singela. O casamento não pode realizar-se, por ser proïbido pela lei normal dos impedimentos.

Na segunda hipótese, a solução também é simples, em nosso entender. Parece-nos que se trata de um caso nítido de aplicação da teoria das qualificações, pois, emquanto uma lei qualifica a ausência como equivalendo à morte, a outra a qualifica como simples presunção de morte quanto aos bens

(1) Codigos civis: alemão, artigo 13.º, 14.º a 17.º e 1348.º; holandês, artigo 549.º a 551.º; italiano, artigo 113.º; luxemburguês, artigo 139.º; português, artigo 79.º e 80.º (Conf., Decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 4.º n.º 6.º), e suíço, artigo 102.º. Quanto ao direito sueco, vide Lehr, *Droit civil scandinave*, n.º 608, e, quanto ao direito rumeno, vide Travers, ob. cit., I, pág. 507.

do ausente. Ora, como na divergência de qualificação deve prevalecer a qualificação da *lex fori*, o casamento não poderá realizar-se, devendo supor-se existente o impedimento de casamento anterior não dissolvido (1).

d) *Diversas incapacidades.* Sob esta rubrica, incluímos os impedimentos de impotência, loucura, demência, inconsciência, epilepsia, doenças contagiosas, prodigalidade, surdez-mudez e condenação penal. Estes impedimentos, quando estabelecidos pela lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento, devem ser respeitados pelos Estados contratantes. E isto, mesmo que se trate do impedimento de condenação penal. As leis e as sentenças penais são territoriais, mas isso não obsta a que tenha efeito exterritorial uma lei civil que declara impedimento um facto verificado por uma sentença penal condenatória, pois que, em tal caso, não se executa a sentença penal, mas apenas se aproveita como *documento comprovativo* do facto previsto pela lei civil (2).

e) *Conjugicídio e adultério.* Estes impedimentos obstam ao casamento quando estabelecidos pela lei normal dos impedimentos e podem também ser opostos pela lei local, como lei de ordem pública (Conv. artigo 2.º), quando se dêm certas circunstâncias, que a seu tempo estudaremos.

f) *Impedimentos de carácter religioso.* Têm êste carácter, designadamente, a diferença de religião — *disparitas cultus*, a ordem, o voto, e o parentesto espiritual — *cognatio spiritualis*. Estes impedimentos, embora em princípio subordinados à lei normal dos impedimentos, foram considerados pela convenção de especial importância, pois, por um lado, quando existam segundo a lei do lugar da celebração do casamento e não existam segundo a lei normal dos impedimentos, podem obstar à celebração do casamento perante as autoridades locais, se bem que não possam obstar aos casamentos diplomáticos e consulares (Conv. artigo 2.º, alínea 3.ª, e 6.º) e, por outro lado, quando existam segundo

(1) Em sentido diverso, vide Travers, ob. cit., I, n.º 502 a 508, 510, 513, 523, 533 e 544.
(2) L. I, pág. 656; Travers, ob. cit., I, n.º 209 a 210.

a lei normal dos impedimentos e não existam segundo a lei do lugar da celebração do casamento, podem deixar de ser considerados impedimentos por esta lei (Conv. artigos 3.º).

g) *Serviço militar, funções e cargos civis.* É freqüentemente estabelecido nas legislações o preceito de que os militares não podem contrair casamento sem licença da competente autoridade, exige-se por vezes que o futuro marido prove que cumpriu a lei do recrutamento militar, assim como se requere que certos funcionários civis sejam devidamente autorizados pelos seus legítimos superiores (1).

Além disso, o exercício do cargo de tutor ou de curador também é em algumas legislações, como na nossa (Decreto de 1910, artigo 9.º), motivo de impedimento quer para o tutor ou curador, quer para os seus parentes.

Ainda a êstes impedimentos se deverá atribuir valor exterritorial, desde que existam na lei nacional do futuro marido e esta lei seja a lei normalmente competente para regular os impedimentos?

A questão tem sido discutida a propósito do impedimento de *serviço militar*, determinando a questão, sobretudo, o artigo 1315.º do código civil alemão, o qual dispõe que «os militares e os funcionários que, segundo as leis dos Estados confederados, necessitam de uma autorização especial para contrair casamento, não podem casar sem essa autorização».

Na apreciação da questão apareceram duas teses diferentes, a *tese francesa*, que distingue entre *direito público* e *direito privado* e sustenta que a convenção apenas quis estabelecer o regime do casamento sob o ponto de vista do direito privado, não atingindo, por isso, o impedimento derivado do serviço militar, que tem o seu fundamento no direito público; e a *tese alemã*, que contesta que a convenção permita aquela distinção, devendo, por isso, ser respeitados todos os impedimentos estabelecidos pela lei nacional, inclusive o serviço militar (2).

Esta divergência fundamental entre o ponto de vista francês, que foi também o ponto de vista belga (3), e o ponto

(1) Travers, ob. cit., I, n.ºs 135 e seg. e 236 e 245.
(2) Vide Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 22 e seg.
(3) Ob. cit., pág. 22.

de vista alemão, ao qual aderiu a Suíça (1), levou os Governos francês e belga a denunciar a convenção, reconhecendo embora o valor da obra de codificação do direito internacional privado representada pelas convenções da Haia e declarando que estavam dispostos a acolher de boa mente a iniciativa de uma revisão das convenções no sentido de atender as razões que os levaram a denunciá-las.

A questão também apareceu na jurisprudência, onde igualmente, foi formulada uma distinção interessante. As sentenças do tribunal civil de Bruxelas de 21 de junho e de 26 de novembro de 1913 (2), do tribunal distrital de Bois-le-Duc de 4 de janeiro de 1917 (3), do tribunal distrital de Dordrecht de 4 de outubro de 1917 (4), e do tribunal distrital de Amsterdam de 13 de junho de 1918 (5), distinguiram entre o caso de o preceito que estabelece a autorização exigida aos militares para contraírem casamento constituir uma verdadeira condição de *capacidade matrimonial*, e o caso de se tratar de um *preceito administrativo* destinado a regular a conduta dos oficiais do registo civil, resolvendo que, no primeiro caso, tem aplicação o artigo 1.º da convenção e que, no segundo, não há que ter em conta a lei nacional dos contraentes.

Esta distinção foi aceita por Travers, que a considera verdadeira em face da convenção (6).

Também assim pensamos. Desde que na lei nacional se estabeleça, como acontece no código civil alemão, que a autorização exigida a um funcionário para contrair casamento é uma verdadeira condição de capacidade matrimonial, cremos que é abrangida pela convenção, a qual não formula distinção alguma e, por isso, deve ser entendida no sentido de compreender todos os impedimentos estabelecidos pela lei nacional.

II — *Vícios do consentimento.* Assente que a fórmula *direito de contrair casamento* compreende os vícios do

(1) Ob. cit., pág. 41.
(2) Bellemans e Kosters, pág. 117 e 123.
(3) Ob. cit., pág. 141.
(4) Ob. cit., pág. 145.
(5) Ob. cit., pág. 147.
(6) Ob. cit., I, n.os 177 e 178.

consentimento, isto é, o *êrro*, o *dolo* e a *coacção*, a existência dêstes vícios e os seus efeitos devem ser determinados, em relação a cada um dos cônjuges, em face da sua lei nacional ou da lei a que a lei nacional se referir, e a mesma lei determinará quais as pessoas que podem pedir a anulação do casamento por motivo de vício do consentimento e o prazo dentro do qual tem de propor a acção. E, desde que a convenção não prescreve nem permite a aplicação da lei do lugar da celebração como lei de ordem pública, no que respeita aos vícios do consentimento, não pode aplicar-se nessa matéria outra lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento, sempre que esta seja lei de um Estado contratante, sendo apenas permitido não a aplicar quando seja lei de um Estado não contratante (Convenção, artigo 8.º, alínea 2.ª).

Sendo assim, vê-se claramente a importância da questão acima ventilada sôbre se o artigo 1.º da convenção compreende ou não os vícios do consentimento e que resolvemos em sentido afirmativo, contràriamente à opinião de Buzzati.

315—A convenção aceitou o princípio de que a aplicação da lei normalmente competente para regular os impedimentos podia ser *limitada* pela lei do lugar da celebração do casamento como *lei de ordem pública internacional*, quer para o efeito de proïbir um casamento permitido pela lei normal dos impedimentos, quer para o efeito de permitir um casamento proïbido por esta lei, isto é, admitiu, em matéria de impedimentos, o princípio da ordem pública proïbitiva e permissiva, consagrando à função proïbitiva das leis de ordem pública o artigo 2.º e à sua função permissiva o artigo 3.º. Analisemos os dois artigos, começando pela ordem pública proïbitiva.

O artigo 2.º enumera duas ordens de impedimentos que o Estado da celebração pode opor ao casamento dos estranjeiros: *a*) impedimentos que podem ser opostos tanto ao casamento celebrado perante as autoridades locais como aos celebrados perante os agentes consulares ou diplomáticos (artigo 2.º, alíneas 1.ª e 2.ª); *b*) impedimentos que apenas podem ser opostos aos casamentos celebrados perante as autoridades locais, não o podendo ser aos casamentos celebra-

dos perante os agentes consulares ou diplomáticos (artigo 2.º, alínea 3.ª).

Todo o artigo, porém, é dominado por duas ideas fundamentais.

Consiste a primeira em que o Estado da celebração não pode opor ao casamento de estranjeiros *quaisquer impedimentos* que êle considere de ordem pública internacional, mas apenas os *taxativamente indicados na convenção*, para não ficar ao arbítrio do legislador local ou dos seus tribunais a determinação dos mesmos impedimentos.

Consiste a segunda em que o Estado da celebração não tem *obrigação*, mas tem apenas a *faculdade* de opor ao casamento de estranjeiros os impedimentos indicados na convenção. Quanto aos impedimentos do primeiro grupo, é expressiva a fórmula da alínea 1.ª do artigo 2.º — *pode proïbir*, que indica claramente uma faculdade. Quanto aos impedimentos do segundo grupo, também é expressiva a fórmula — *nenhum Estado contratante se obriga a celebrar um casamento*, a qual indica que os Estados contratantes tanto podem celebrar como deixar de celebrar o casamento (1).

E assim devia ser, pois só o Estado da celebração é juiz da aplicação ou não aplicação aos estranjeiros dos impedimentos estabelecidos pela lei local como lei de ordem pública, embora deva considerar-se verosímil, como notava a comissão de 1900, que as proïbições enumeradas no artigo sejam, nos países que as admitem, aplicadas a todos os casamentos (2).

Como entender, porém, as fórmulas — *pode proïbir* e *nenhum Estado contratante se obriga?* Significarão que os Estados que assinaram e ratificaram a convenção precisam, para aplicar aos estranjeiros as suas leis que formulem as proïbições previstas no artigo 2.º da convenção, de estabelecer formalmente numa *lei* que, com efeito, essas disposições são extensivas aos estranjeiros? Ou significarão que, depois de a convenção entrar em vigor, o artigo 2.º representa o *limite máximo* da aplicação do direito local aos estranjeiros?

Parece-nos que a convenção apenas pretendeu determinar

(1) Vide *Actes*, III, pág. 170 e 171.
(2) *Actes*, III, pág. 171.

os casos em que ao casamento de estranjeiros podem opor-se os impedimentos do direito local, e que o artigo 2.º, sem distinguir entre o direito local actual e o direito local futuro, apenas estabelece os termos em que êste direito pode ser aplicável aos estranjeiros. A disposição geral do artigo 2.º equivale a dizer que a convenção só permite que se aplique aos estranjeiros o direito local nos casos estabelecidos no mesmo artigo. Portanto, se o direito aplicável aos estranjeiros era mais amplo que aquilo que permite a convenção, ficou restringido; se era menos amplo, pode o Estado ou manter a mesma situação, ou, querendo alargar as proïbições, só pode ir até o limite estabelecido pelo artigo 2.º.

Sendo assim, cada um dos Estados contratantes aplicará aos estranjeiros os impedimentos indicados no artigo 2.º em harmonia com as regras do direito local acêrca da territorialidade das disposições legais sôbre impedimentos. Se, por isso, houver no direito local disposições expressas acêrca da sujeição dos estranjeiros a certos impedimentos, como acontece na Itália, aplicar-se hão essas disposições até o limite estabelecido no artigo 2.º; se não houver disposições expressas e apenas for reconhecido o princípio geral da territorialidade das leis de ordem pública, aplicar-se há êsse princípio segundo o critério aceito na jurisprudência ou na doutrina para determinar quais são os impedimentos de ordem pública, também até àquele limite (1).

Isto pôsto, estudamos o primeiro grupo de impedimentos que a lei do lugar da celebração pode opor ao casamento de estranjeiros.

1.º) O primeiro caso em que a lei do lugar da celebração pode proïbir o casamento de estranjeiros é o de estes serem parentes ou afins num grau para que haja uma proïbição absoluta, isto é, o caso de *parentesco por consanguinidade ou afinidade que constitua um impedimento dirimente que não admita dispensa.*

A fôrça da fórmula — *proïbição absoluta* — é, efectivamente, que o impedimento seja dirimente e que não admita dispensa. Que o impedimento deve ser dirimente, mostra-o o trecho do relatório da comissão de 1900 referente à sanção das

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 170.

proïbições dos três números da alínea 1.ª do artigo 2.º, onde a comissão nota que se esforçou para chegar a uma solução que evitasse a *nulidade* do casamento (1), solução que aparece na alínea 2.ª daquele artigo, pois só os impedimentos dirimentes produzem nulidade; e que o impedimento deve ser dirimente e não deve admitir dispensa, disse-o claramente a comissão de 1893. «O primeiro caso previsto, diz o seu relatório, é aquele em que o casamento seria contrário à lei local no que respeita aos graus de parentesco ou de afinidade; e mesmo sôbre êste ponto a comissão propõe uma distinção. Trata-se de um *impedimento radical,* tal que *não pode ser dispensado?* Uma disposição dêste género tem um carácter de ordem moral absoluto, que impede que um casamento possa ser celebrado entre estranjeiros contràriamente a esta disposição. Trata-se de um *impedimento que pode ser dispensado?* A disposição já não tem carácter absoluto, é de uma ordem mais contingente e já não há a mesma razão para a impor aos estranjeiros» (2).

A convenção permite que a lei local oponha ao casamento de estranjeiros o impedimento de parentesco e afinidade que não admita dispensa e, por isso, respeita êsse impedimento tal como êle é estabelecido pela mesma lei, devendo ser esta a lei competente para determinar as formas do parentesco e afinidade que constituem o impedimento.

Qual será, porém, o alcance da palavra—*parentesco?* Designará simplesmente a *consangüinidade,* ou indicará também o parentesco civil da adopção e a *cognatio spiritualis?*

A comisão de 1894 referiu-se ao assunto nos termos seguintes: «Também aparecem dúvidas acêrca do sentido das palavras: *disposições referentes aos graus de parentesco ou afinidade.* A comissão julga que êste sentido é muito amplo. O país da celebração tem o direito de fazer respeitar os seus impedimentos absolutos em razão do parentesco ou da afinidade, quer se trate de laços produzidos pelo casamento, por uma união ilegítima, ou pela adopção; é a sua legislação que serve aqui de regra» (3).

(1) *Actes,* III, pág. 172.
(2) *Actes,* I, pág. 47.
(3) *Actes,* II, pág. 48.

Sendo assim, deverá entender-se que a fórmula da convenção compreende todos os impedimentos que as leis dos Estados contratantes qualificam como impedimentos de parentesco e que revistam os caracteres exigidos pela convenção.

No direito português, têm os caracteres exigidos pela convenção o impedimento de parentesco por consangüinidade ou afinidade em qualquer grau da linha recta e o impedimento por consangüinidade no segundo grau da linha colateral (1), devendo tais impedimentos ser opostos ao casamento de estranjeiros, pois se fundam num claro motivo de moralidade, que transforma os preceitos que os estabelecem em leis de ordem pública internacional.

2.º) O segundo caso em que a lei do lugar da celebração pode proïbir o casamento de estranjeiros é o de haver nessa lei—*a proïbição absoluta de se casarem os culpados de adultério por efeito do qual tenha sido dissolvido o casamento de um deles.*

Também êste impedimento deve ser dirimente e não admitir dispensa. À igualdade de fórmula deve corresponder a igualdade de sentido.

Mas em que condições pode o adultério impedir o casamento de estranjeiros?

É necessário que tenha sido causa da dissolução do casamento, isto é, causa de divórcio. Se, por isso, tiver havido adultério, mas o casamento tiver sido dissolvido por outro motivo, já o adultério não obstará ao casamento de estranjeiros.

É necessário ainda, como conseqüência, que o adultério seja verificado num julgamento que por tal motivo pronuncie a dissolução do casamento. Assim o disse Seckendorff na conferência de 1894, na seguinte passagem: «as palavras—por efeito do qual tiver sido dissolvido o casamento de um deles—implicam necessàriamente a existência de uma sentença judiciária» (2).

Mas, podendo o adultério ser ou causa de condenação penal ou motivo de acção civil para a dissolução do casa-

(1) Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 4.º, n.º 1.º e 2.º; e artigo 11.º.
(2) *Actes,* II, pág. 44.

mento, será indispensável que tenha havido condenação penal por adultério, visto o artigo falar em *culpados* de adultério, ou bastará que o adultério seja verificado na acção civil de divórcio? Julgamos suficiente que o adultério seja verificado na acção civil de divórcio. Em primeiro lugar, o contexto mostra que a convenção quis basear o impedimento no adultério que determinasse a dissolução do casamento. Depois, se se exigisse a condenação por adultério, diria o n.º 2.º, à semelhança do n.º 3.º, *condenados por adultério*, e não simplesmente culpados de adultério. Por fim, a fórmula do texto francês — *coupables de l'adultère* — indica que a convenção pretendeu referir-se aos *autores* do adultério de que resultou a dissolução do casamento (1).

O impedimento de adultério não existe no direito português vigente. Existe, porém, no Luxemburgo (2) e na Ruménia (3), precisamente nos termos previstos na convenção, podendo, por isso, obstar aí ao casamento de portugueses. Também pode dizer-se que o impedimento existe na Holanda. O Código civil dêste país admite o divórcio por adultério (artigo 264.º) e proïbe para sempre o casamento entre o cônjuge condenado por adultério e o seu cúmplice (artigo 89.º) e, por isso, poderá aplicar-se a convenção quando se conjuguem as duas condições de haver condenação por adultério e de haver de êste resultado a dissolução do casamento (4).

3.º) Pode, em terceiro lugar, a lei do Estado da celebração proïbir o casamento de estranjeiros, se na mesma lei houver — *a proïbição absoluta de se casarem as pessoas condenadas por terem, de comum acôrdo, atentado contra a vida do cônjuge de uma delas.*

Ainda êste impedimento deve ser dirimente e não admitir dispensa. Assim o exige o emprêgo da fórmula — *proïbição absoluta*, usada nos números anteriores.

Para que o direito local possa proïbir o casamento de estranjeiros, nos termos do n.º 3.º, é necessário, porém, que se verifiquem as seguintes condições:

α) *Atentado* contra a vida do cônjuge de uma das pessoas que pretendem contrair casamento. O atentado pode ser constituído pelo crime consumado, pelo crime frustrado ou pela simples tentativa, pois que a convenção não estabelece distinção.

β) *Acôrdo* entre as mesmas pessoas para realizarem o atentado. Deve, por isso, haver entre essas pessoas *co-autoria* ou, pelo menos, *cumplicidade* no intento criminoso.

γ) Que as mesmas pessoas tenham sido *condenadas* pelo crime cometido.

O *impedimentum criminis*, como o prevê a convenção, existe, quanto aos Estados contratantes, na legislação italiana e portuguesa (1).

Depois de determinar os impedimentos pelos quais a lei local pode proïbir o casamento de estranjeiros, declara o artigo 2.º qual o valor do casamento celebrado apesar da existência dêsses impedimentos, isto é, estabelece a sancção que deriva da transgressão da lei local pela realização de semelhante casamento.

Segundo a convenção, a lei local pode proïbir o casamento de estranjeiros quando entre êstes haja os impedimentos de parentesco, de adultério ou de conjugicídio, sempre que estes impedimentos forem pela mesma lei local dirimentes e sem dispensa, mas a mesma convenção converte tais impedimentos, de *dirimentes*, em *impedientes* e, por isso, se, apesar da sua existência, o casamento se realizar, é válido mesmo no Estado de celebração, se for válido segundo a lei nacional dos cônjuges ou segundo a lei a que a lei nacional se refira.

Sendo assim, a convenção abriu o caminho para inutilizar pràticamente o princípio do respeito pelas proïbições absolutas da lei do lugar da celebração.

b) Passemos ao segundo grupo de impedimentos. Segundo a alínea 3.ª do artigo 2.º, — *nenhum dos Estados contratantes é obrigado a fazer celebrar um casamento que, em razão de casamento anterior ou de obstáculo de ordem religiosa, for contrário às suas leis.*

Indica, assim, esta alínea do artigo 2.º novos impedimen-

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 177.
(2) Código civil, artigo 298.º.
(3) Código civil, artigo 279.º.
(4) Vide Travers, ob. cit., I, n.ºs 422 e 430.

(1) Código civil italiano, artigo 62.º; Dec. port. 25 de dezembro de 1910, artigo 4.º, n.º 5.º, e artigo 11.º.

tos que o Estado local pode impor ao casamento de estranjeiros.

Em dois pontos, porém, o impedimento de casamento anterior e os impedimentos de ordem religiosa diferem, no seu valor jurídico, dos impedimentos enumerados na alínea 1.ª do artigo.

Os impedimentos da alínea 1.ª pode o Estado local opô-los *sempre* ao casamento de estranjeiros, isto é, tanto na hipótese de se pretender celebrar o casamento perante as autoridades locais, como na hipótese de se pretender celebrá-lo perante as autoridades diplomáticas e consulares residentes no país, nos termos em que essas autoridades, segundo o artigo 6.º da convenção, podem celebrar casamentos.

Que os impedimentos da alínea 1.ª obstam tanto aos casamentos celebrados perante a autoridade local como aos celebrados perante as autoridades diplomáticas ou consulares, não só o disse formalmente a comissão da conferência de 1900 (1), mas mostra-o o facto de o artigo 2.º permitir a proïbição do casamento, por esses impedimentos, de um modo absoluto, e de, relativamente aos impedimentos de casamento anterior e de ordem religiosa, restringir a proïbição aos casamentos celebrados perante a autoridade local.

Além disso, a violação dos impedimentos da alínea 1.ª não produz a nulidade do casamento em nenhum dos Estados contratantes, ao passo que a violação de algum dos impedimentos da alínea 3.ª pode produzir a nulidade do casamento no Estado da celebração.

Feitas estas considerações de carácter geral, estudemos os novos impedimentos.

1.º) *Impedimentos de carácter religioso.* Perante a comissão de 1900, propôs a Áustria que à enumeração do artigo 2.º do projecto de programa se acrescentassem mais dois impedimentos — a *proïbição absoluta* do casamento aos clérigos de ordens sacras e às pessoas ligadas por voto solene de celibato, — e a *proïbição absoluta* do casamento entre cristãos e não cristãos (2).

A comissão reconheceu, em princípio, a justiça da proposta austríaca, mas, em vez de especificar os impedimentos de ordem, de voto e de diferença de religião, indicou de modo genérico os *impedimentos de ordem religiosa,* como se lê na alínea 3.ª do artigo 2.º da convenção.

(1) *Actes,* III, pág. 177.
(2) *Actes,* III, pág. 171.

Êste preceito, que mereceu justamente a crítica de Kahn e Buzzati, por não haver precisado os impedimentos de ordem religiosa pelos quais cada um dos Estados contratantes poderia impedir o casamento de estranjeiros perante as autoridades locais, deve, em nosso entender, não obstante a opinião contrária daqueles autores, ser interpretado no sentido de que os Estados contratantes podem opor ao casamento de estranjeiros qualquer obstáculo de ordem religiosa (1). Em verdade, a comissão, estudando a questão, resolveu atender, em princípio, a proposta austríaca e se, em vez de fazer qualquer enumeração, falou de *obstáculos de ordem religiosa* de um modo geral, isto é, substituiu a uma enumeração uma fórmula genérica, impõe-se lògicamente a nossa interpretação.

Sendo assim, poderão os Estados contratantes opor ao casamento civil de estranjeiros quaisquer impedimentos de ordem religiosa que obstem ao casamento civil de nacionais, e poderão ainda opor-se ao casamento católico de estranjeiros, nos Estados que dão efeitos civis ao casamento católico, quaisquer impedimentos estabelecidos pelo direito canónico. A existência de um impedimento canónico é certamente um obstáculo de ordem religiosa quanto à celebração do casamento católico, e nem mesmo se compreenderia que os Estados que admitem o casamento católico se obrigassem, por uma convenção, a celebrar êste casamento contra as leis da Igreja.

No actual direito civil dos Estados contratantes, apenas aparece um impedimento de carácter religioso no direito rumeno, a *cognatio spiritualis,* com o carácter de impedimento impediente (2).

2.º) *Impedimento de casamento anterior.* Êste impedimento foi estabelecido, segundo nota a comissão de 1900 (3), em atenção aos países que não admitem o divórcio para certas categorias de pessoas e para lhes atribuir a faculdade

(1) Vide Buzzati, ob cit., pág. 183.
(2) Código civil rumeno, artigo 145.º.
(3) *Actes,* III, pág. 171.

de não permitirem o casamento de estranjeiros divorciados.

Portanto a fórmula — *casamento anterior* — equivalia na origem à est'outra — *casamento anterior dissolvido por divórcio*.

Mas, se foi êste o pensamento da comissão, a indeterminação da fórmula legitima a interpretação de que ela compreende em geral os impedimentos resultantes da existência de um casamento anterior.

A generalidade da fórmula não pode, porém, ser entendida no sentido de compreender *quaisquer* impedimentos derivados de um casamento anterior considerado *em si mesmo*. Em primeiro lugar, não poderá entender-se que a fórmula *casamento anterior* compreende um casamento anterior não dissolvido, pois a mesma comissão que introduziu no artigo 2.º a alínea 3.ª, havia suprimido como inútil o n.º 1.º do artigo 2.º do projecto de programa da conferência de 1900, onde se dispunha que a lei do lugar da celebração podia proïbir o casamento de estranjeiros contrario às suas disposições referentes à necessidade da dissolução de um casamento anterior (1), e não é admissível que a comissão viesse estabelecer na alínea 3.ª o que suprimira como inútil na alínea 1.ª

Demais, os impedimentos constantes daquela alínea apenas podem ser opostos pelo Estado da celebração ao casamento realizado perante as autoridades locais, não o podendo ser aos casamentos celebrados perante os agentes diplomáticos ou consulares, e seria absurdo que a convenção pretendesse significar que nos consulados ou nas legações podia celebrar-se um casamento poligâmico.

E, desde que a fórmula não pode compreender o casamento anterior não dissolvido, o qual só não foi mencionado na alínea 1.ª por não o admitir nenhuma das legislações dos Estados contratantes, também aí não entra o impedimento de casamento com um ausente, o qual deve ser equiparado como mostrámos (2), ao casamento anterior não dissolvido.

Em segundo lugar, também a fórmula não compreende em nosso pensar, impedimentos cuja sanção não seja a *nulidade* do casamento. Assim o revela a letra da alínea 3.ª, quando diz que o impedimento de casamento anterior não produzirá *nulidade* fora do Estado da celebração do casamento. E, em verdade, dificilmente se compreenderia que se opusesse ao casamento de estranjeiros como impedimento de ordem pública um impedimento que desaparece mediante uma dispensa ou cuja sanção, quando menosprezado, está meramente dependente da vontade do interessado.

Sendo assim, fica com alcance limitado o preceito da convenção.

Deve notar-se que, no estado actual do nosso direito, nenhuma aplicação pode ter em Portugal o preceito que analisamos. Em verdade, dos dois impedimentos de casamento anterior que existem entre nós — casamento anterior não dissolvido e proïbição de se tornarem a casar os viúvos ou divorciados no prazo de seis meses ou de um ano depois de dissolvido o primeiro casamento —, nenhum deles se compreende na fórmula, o primeiro porque é mais grave do que os impedimentos aí visados, e o segundo porque o é menos (1).

A alínea 3.ª do artigo 2.º da convenção não permite aos Estados contratantes que se oponham de modo absoluto ao casamento de estranjeiros quer em virtude de um obstáculo de ordem religiosa quer em razão de um casamento anterior, emquanto ressalva a 1.ª alínea do artigo 6.º, assim redigida: «Será em toda a parte reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contraentes for nacional do Estado em que o casamento houver sido celebrado, e se êsse Estado a tal se não opuser. Não poderá opor-se-lhe, tratando-se de casamento que, em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, for contrário às suas leis». Por isso, o Estado local pode não consentir que as suas autoridades celebrem o casamento de estranjeiros, quando exista algum daqueles impedimentos, mas não pode opor-se a que o mesmo casamento seja celebrado pelos agentes diplomáticos ou consulares do Estado a que pertençam os inte-

(1) *Actes*, III, pág. citada; conf. *Documents*, de 1900, pág. 100.
(2) Supra, pág. 364.

(1) Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 4.º, n.º 6.º, e artigo 10.º.

ressados, se êsse Estado autorizar tais agentes a celebrar casamentos.

Depois de permitir aos Estados signatários a recusa de celebrarem o casamento de estranjeiros contrário às suas leis por existirem impedimentos de ordem religiosa ou de casamento anterior, determina a alínea 3.ª do artigo 2.° o valor do casamento, quando seja violado algum dêsses impedimentos, nos seguintes termos: «A violação de um impedimento desta natureza não poderá produzir a nulidade do casamento noutros países que não aquele em que o casamento houver sido celebrado».

Se, portanto, apesar de existir algum daqueles impedimentos, o casamento for celebrado por êrro ou por qualquer outra circunstância, *poderá ser anulado* no Estado de celebração e *será válido* nos outros Estados.

O Estado da celebração pode anular o casamento, mas *não é obrigado* a anulá-lo e, por isso, embora considere aqueles impedimentos *dirimentes* para os seus nacionais, pode considerá-los *impedientes* para os estranjeiros.

316—As duas primeiras conferências entendiam que o direito público do Estado da celebração do casamento não exigia que o sistema de impedimentos estabelecido pela lei nacional, ou pela lei a que esta se referisse, fôsse restringido pelas leis locais e que, por isso, o Estado local devia respeitar todos os impedimentos formulados pela lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento.

Contudo, a Bélgica e a França propuseram, sôbre o projecto de programa da terceira conferência, que ao artigo 2.° fôsse acrescentada uma alínea em que ficasse determinado que não obstariam ao casamento os impedimentos estabelecidos pela lei nacional dos esposos que fôssem contrários ao *direito público* (França) ou à *ordem pública* (Bélgica) do Estado da celebração. A comissão de 1900 reconheceu a justiça da proposta, mas entendeu que devia pôr de lado as fórmulas vagas «direito público» e «ordem pública» e determinar com precisão os casos em que o Estado da celebração podia deixar de respeitar os impedimentos da lei nacional. Obedecendo a esta ordem de ideas, formulou a disposição

que hoje se lê no artigo 3.° da convenção, pela qual—*a lei do lugar da celebração pode permitir o casamento dos estranjeiros sem embargo das proïbições da lei a que se refere o artigo 1.°, quando essas proïbições forem exclusivamente fundadas em motivos de ordem religiosa* (1).

Pelo artigo 3.° concede a convenção ao Estado local uma faculdade de *permissão*, autorizando-o a restringir o sistema de impedimentos da lei normalmente competente para reger o direito de contrair casamento.

A faculdade de permissão limita-se aos impedimentos de ordem religiosa.

Quando, pois, existir algum dêstes impedimentos segundo a lei nacional dos cônjuges, o Estado da celebração pode permitir o casamento apesar da existência de tais impedimentos.

E porque a convenção concede aos Estados signatários a faculdade e não lhes impõe a obrigação de permitir o casamento na hipótese do artigo 3.°, podem os mesmos Estados permitir ou proïbir o casamento nessa hipótese, segundo as exigências da ordem pública do Estado local.

Quando será, porém, permitido ou proïbido o casamento pelo Estado da celebração?

Tem a questão de resolver-se em face ou das leis de aprovação da convenção, se providenciarem sôbre o assunto, ou de quaisquer leis internas que definam o valor dos impedimentos de carácter religioso, ou, finalmente, do princípio geral de ordem pública, como êle for entendido pela doutrina e pela jurisprudência (2).

Em Portugal, não há lei expressa nem, do nosso conhecimento, doutrina ou jurisprudência estabelecidas.

O que deverá, pois, pensar-se em face da nossa legislação?

Parece-nos que há dois impedimentos de ordem religiosa que não poderão ser acatados pelas autoridades e tribunais portugueses, quando estabelecidos pela lei normal dos impedimentos. São os impedimentos de *disparitas cultus* e o impedimento de *votum*. O primeiro representaria a priva-

(1) *Actes*, III, pág. 173.
(2) Buzzati, ob. cit., pág. 213.

ção de um direito por virtude da diferença de religião, e isso seria contrário ao princípio de igualdade jurídica, independentemente da divergência de crenças religiosas, princípio consignado no artigo 3.º, n.ºs 5.º a 7.º, da constituïção política da República e no artigo 3.º do decreto-lei de 20 de abril de 1911, que regulou a separação do Estado das Igrejas. O segundo supõe o reconhecimento das ordens monásticas, que o decreto de 28 de maio de 1834, o decreto de 8 de outubro de 1910 e o artigo 3.º, n.º 12.º, da constituïção política da República terminantemente proscreveram do território português.

Contudo, o impedimento de *ordem* deverá ser respeitado quando estabelecido pela lei nacional do futuro marido. O celibato eclesiástico é manifestação da disciplina da Igreja católica, a religião representada por esta Igreja, se deixou de ser religião oficial do Estado, foi considerada como agremiação legítima e o seu exercício foi autorizado pela lei (Decreto de 20 de abril de 1911, artigo 2.º), não podendo, por isso, a disciplina da Igreja católica ser havida como contrária à ordem pública, tanto mais que são mantidas relações diplomáticas com a Santa Sé (1), o que confirma o reconhecimento da legitimidade da existência da Igreja e da sua disciplina. Sendo assim, não há motivo para que, em Portugal, não seja respeitado o impedimento de ordem quando estabelecido pela lei nacional, não sendo ainda de esquecer que se evita assim a realização de um casamento que não seria reconhecido no país do cônjuge impedido, situação inteiramente anormal, que só deverá criar-se quando uma razão evidente de ordem pública assim o exija.

Se a lei do lugar da celebração permitir o casamento de estranjeiros quando pela lei nacional houver algum impedimento de carácter exclusivamente religioso, *«os outros Estados,* diz a alínea 2.ª do artigo 3.º, *têm o direito de não reconhecer como válido o casamento celebrado nestas circunstâncias».*

O casamento celebrado em tais condições pode ser apreciado relativamente ao Estado da celebração, ao Estado de origem, e a terceiros Estados.

(1) L. I, n.º 72.

No Estado da celebração, o casamento será válido. É evidente.

No Estado de origem, será nulo ou anulável, segundo o valor que a lei dêsse Estado atribuir aos impedimentos de carácter religioso. A lei nacional dos esposos proïbe o casamento, a convenção permite aos Estados diferentes do Estado da celebração que não considerem o casamento como válido e, por isso, o Estado de origem aplicará ao casamento a sanção da sua lei e, portanto, te-lo há por nulo ou anulável, se a nulidade ou a anulabilidade forem o resultado da violação dos mesmos impedimentos.

Em terceiros Estados, o casamento pode ser válido ou nulo, segundo for determinado pelas leis de aprovação ou de execução da convenção, ou segundo os impedimentos de ordem religiosa forem ou não considerados contrários ao princípio da ordem pública. A convenção concede-lhes o direito de não o considerarem válido e, por isso, também lhes concede a faculdade de não o considerarem nulo e, conseguintemente, a não ser que estabeleçam o contrário numa disposição legislativa, deve presumir-se, com Buzzati, que o considerarão válido nos mesmos casos em que o teriam permitido, e nulo nos casos em que o teriam proïbido (1).

317 — Reconhecida a competência da lei nacional ou da lei por esta indicada para regular a capacidade matrimonial, e aceito o princípio de que as autoridades locais devem respeitar e dar cumprimento àquelas leis, pensaram as conferências no processo prático de tornar efectiva a disposição do artigo 1.º, onde se estabelece aquela doutrina. O processo adoptado foi impor aos interessados a obrigação de provar que são capazes de casar segundo a sua lei nacional ou segundo a lei a que se refira a mesma lei nacional. É o preceito do artigo 4.º da convenção, cuja letra diz:

Artigo 4.º *Para o seu casamento, devem os estranjeiros provar que satisfazem às condições necessárias segundo a lei a que se refere o artigo 1.º.*

Esta justificação far-se há, ou mediante certificado

(1) Ob. cit., n.º 19.

dos agentes diplomáticos ou consulares autorizados pelo Estado da nacionalidade dos contraentes, ou por outro qualquer meio de prova, contanto que as convenções internacionais ou autoridades do país da celebração reconheçam como suficiente a justificação.

Os estranjeiros *devem*, pois, provar a sua capacidade matrimonial por um meio de prova que as convenções internacionais ou as autoridades do país da celebração do casamento reconheçam como suficiente.

Daqui se infere que o Estado da celebração tem o *direito* de exigir aos estranjeiros a prova da capacidade matrimonial.

Terá, porém, êsse Estado também a *obrigação* de exigir semelhante prova? Assim parece derivar da letra da convenção. Os estranjeiros devem provar a capacidade matrimonial, esta obrigação só pode tornar-se efectiva perante as autoridades locais e, por isso, parece incontestável que estas autoridades não podem celebrar o casamento sem que os nubentes provem que estão nas condições exigidas pela lei competente para regular a validade intrínseca do mesmo casamento.

Esta interpretação — a única em harmonia com o fim da convenção, que foi assegurar o cumprimento da lei competente para regular a capacidade matrimonial, e com a natureza geral dos tratados, cujo destino directo é crear direitos e obrigações entre os Estados contratantes, embora tendam muitas vezes, como no caso presente, a regular a situação dos nacionais dêsses Estados, — é autorizada pelas declarações da comissão de 1893, a qual, justificando as modificações do seu projecto em harmonia com as primeiras deliberações da conferência, deixou escrito: «A conferência resolveu que as autoridades a quem os estranjeiros se dirijam para a celebração do casamento *devem* certificar-se de que êles se encontram nas condições exigidas pela sua lei nacional» (1).

A lei local pode exigir que os estranjeiros apresentem um *certificado de capacidade* passado pelas autoridades internas do seu país ou pelos agentes diplomáticos ou consulares, ou pode contentar-se com outro meio de prova.

(1) *Actes*, I, pág. 41.

Conseguintemente, o certificado não é *necessário* para a autoridade local celebrar o casamento, isto é, bem pode esta autoridade dispensar os interessados da sua apresentação.

Mas, ainda mesmo quando a autoridade local exija um determinado meio de prova e, designadamente, um certificado de capacidade, pode deixar de considerá-lo *suficiente*, pois a convenção lhe confere o direito de o apreciar como bem entender.

São estas as conseqüências do texto da convenção e da doutrina formulada pela comissão de 1893, a qual disse que, *de direito*, o certificado não era necessário nem suficiente, embora acrescentasse que, *de facto*, o certificado seria necessário e suficiente, pois é de presumir que os Estados contratantes, tanto para evitar fraudes como para salvar a sua responsabilidade, exijam em regra o certificado e lhe dêm valor decisivo como prova da capacidade (1).

Também as autoridades locais têm o direito de só atender os certificados de determinadas autoridades nacionais, como, por exemplo, só os das autoridades internas ou dos cônsules de carreira. Disse-o expressamente a comissão de 1900, ao determinar o alcance da alínea 2.ª do artigo 4.º. Eis as suas palavras: «Fica bem determinado que o direito de a autoridade do lugar da celebração exigir um certificado passado por uma certa forma é absoluto, emquanto não for limitado por uma convenção internacional. Por exemplo, o Govêrno do lugar da celebração pode atender apenas os certificados passados pelas autoridades do país do estranjeiro, pode também aceitar os certificados passados por cônsules de carreira e recusar os certificados passados por agentes consulares, que muitas vezes não têm senão noções insuficientes da legislação civil do país de cujos interesses comerciais se ocupam» (2).

Ao direito de o Estado da celebração exigir a apresentação de certificados de capacidade, corresponde o *dever* de os Estados de origem dos contraentes autorizarem e obrigarem os seus agentes a passar os mesmos certificados. Não que o Estado da celebração lhes possa exigir directamente o

(1) *Actes*, I, pág. 42 e 52.
(2) *Actes*, III, pág. 174.

cumprimento dêsse dever, e pedir-lhes contas do seu não cumprimento; mas cabe-lhes êsse dever no sentido de que, tendo reconhecido aos Estados signatários a faculdade de exigir os certificados, implicitamente se obrigaram para com os seus nacionais a proporcionar-lhes o meio de demonstrarem a sua capacidade matrimonial e, portanto, a habilitar as suas autoridades a passar os referidos certificados, para ser sempre possível aos seus súbditos contrair casamento em país estranjeiro.

Mas, se ao Estado de origem impende o dever de habilitar as suas autoridades a passar certificados de capacidade, pode o mesmo Estado determinar livremente a autoridade competente para os passar e a forma em que devem ser passados. É o que claramente resulta da redacção da 2.ª alínea do artigo 4.º, comparada com esta passagem do relatório da comissão de 1900: «O essencial é ter certificados sérios passados com conhecimento de causa; quanto à determinação da autoridade competente para os passar, depende isso necessàriamente da organização de cada país, não podendo estabelecer-se uma regra geral a êsse respeito, assim como não poderia estabelecer-se a respeito da forma em que os certificados devem ser redigidos» (1).

Os estranjeiros *devem* provar que têm a capacidade matrimonial exigida pela lei competente para a regular, isto é, a capacidade exigida pela lei nacional ou pela lei a que a lei nacional se refira.

Se for competente a lei nacional, como geralmente acontece, basta que os interessados provem que são capazes segundo a lei do seu país.

Se a lei nacional remeter para outra lei, deverão os interessados provar, em primeiro lugar, que a sua lei nacional remete para outra lei e, em segundo lugar, que são capazes em harmonia com esta última lei.

Segundo temos dito, das legislações dos Estados contratantes, só a legislação suíça remete para outra lei, a lei do lugar da celebração. E porque a lei nacional se refere à lei do país cuja autoridade tem de celebrar o casamento, não terão os suíços de provar senão que a lei suíça considera

(1) *Actes*, III, pág. 174.

válido o casamento celebrado segundo a lei do lugar da celebração. Feita esta prova, basta que os cidadãos suíços cumpram as prescrições da lei local que regulam o casamento dos nacionais do Estado da celebração que se casem nesse Estado.

A prova de que a lei suíça considera válido o casamento dos cidadãos suíços celebrado segundo a lei do lugar da celebração, também poderá ser dispensada, se o govêrno suíço comunicar diplomàticamente aos govêrnos dos Estados signatários a disposição da lei suíça que estabelece aquele preceito, e estes govêrnos derem as convenientes instruções aos oficiais do registo do estado civil. Assim o fez, por exemplo, o govêrno suíço em nota diplomática de 1905 enviada ao govêrno francês, em que diz que, em face da lei suíça, que determina que os suíços podem casar no estranjeiro em harmonia com a lei local, e da parte final do artigo 1.º da convenção, que respeita êsse preceito da lei suíça, os suiços que desejem contrair casamento em França devem ser em geral dispensados da justificação prevista pelo artigo 4.º da convenção (1).

A lei suíça não obriga, porém, os cidadãos suíços, que se casem em país estranjeiro, a conformarem-se com a lei do lugar da celebração; apenas lhes concede a faculdade de assim o fazerem, pois também reconhece a validade do casamento celebrado em país estranjeiro em harmonia com a lei suíça. Sendo assim, se os suíços quiserem casar em país estranjeiro em conformidade da sua lei nacional, devem provar que estão nas condições exigidas por essa lei. É por isso que a nota diplomática acima referida acrescenta: «Êste direito reconhecido aos suíços pela lei federal não constitui para êles mais que uma simples faculdade, não obstando a que possam invocar em França, quando lhes pareça útil, as disposições do seu estatuto pessoal relativas ao casamento. Serão então obrigados a provar, em conformidade do citado artigo 4.º da convenção da Haia, que satisfazem às condições estabelecidas pela lei suíça».

Como fica dito, a forma e a suficiência da prova da capacidade matrimonial depende, em cada Estado contra-

(1) *Darras—de Lapradelle*, 1906, pág. 426.

tante, da lei local e, por isso, vamos verificar o que dispõe a lei portuguesa acêrca da forma e da suficiência daquela prova.

Foi o assunto regulado pelo artigo 245.º do Código de registo civil, onde se dispõe: «Os casamentos celebrados em Portugal entre estranjeiros pertencentes a qualquer dos países para os quais já entrou ou vier a entrar em vigor a convenção internacional da Haia de 12 de junho de 1902, destinada a regular os conflitos de leis em matéria de casamento, poderão ser celebrados perante o funcionário do registo civil, contanto que os nubentes justifiquem que se encontram de harmonia com as leis nacionais de cada um deles quanto à capacidade para o acto, quer mediante certificados dos agentes diplomáticos ou consulares das suas nacionalidades, quer mediante justificação avulsa perante o juiz de direito da respectiva circunscrição. Se só um dos nubentes for estranjeiro, a justificação será necessária em relação a êle». Dêste preceito, vê-se que a lei portuguesa considera prova *suficiente* da capacidade matrimonial, segundo a lei normal dos impedimentos, o certificado passado pelo agente diplomático ou consular do seu país, ou uma justificação avulsa realizada perante o juiz de direito da respectiva comarca.

Mas, sendo *suficiente* algum dos dois meios de prova, será também *necessário*, de modo que o interessado não possa produzir outro meio de prova, por exemplo, um certificado passado pelo competente oficial do registo civil do seu país?

Em face do artigo 245.º do código do registo civil, devia responder-se afirmativamente, já que êsse artigo apenas referia os dois meios de prova constituídos pelo certificado diplomático e consular ou pela justificação avulsa.

Hoje, porém, em face do § 4.º do artigo 150.º do regulamento consular de 7 de março de 1920, deve ser outra a doutrina a seguir. Diz aquele parágrafo que, quando for estranjeira a mulher que case com um português num consulado de Portugal, a justificação da sua capacidade jurídica, segundo a sua lei nacional, pode ser feita mediante certificado passado pelo respectivo agente diplomático ou consular, ou pelo funcionário local competente, o que legitima a doutrina de que a capacidade matrimonial de estranjeiros

que casem em Portugal perante as autoridades portuguesas pode ser provada por certificados tanto dos agentes diplomáticos ou consulares do seu país como dos funcionários locais do mesmo país. A situação de uma mulher estranjeira que casa num consulado português é, certamente, semelhante à dos estranjeiros que casam em Portugal perante as autoridades portuguesas, parecendo, por isso, que deve ser considerado suficiente que os estranjeiros apresentem um certificado passado pelo competente oficial do registo civil do seu país.

Quando, porém, assim se não entenda, deve, pelo menos, êsse certificado constituir um meio de prova qualificada a produzir perante o juiz de direito, para o efeito da justificação da capacidade matrimonial (1).

318—Determinada a medida de aplicação da lei nacional ou da lei a que esta se refira, e estabelecida a obrigação e o modo de provar a capacidade matrimonial, formula a convenção nos artigos 5.º, 6.º e 7.º os preceitos relativos à *forma* do casamento, para que êste seja válido nas relações dos Estados contratantes. No artigo 5.º, estabelece o regime formal do casamento celebrado perante as autoridades locais e fixa o valor do casamento realizado em harmonia com êsse regime; no artigo 6.º, reconhece a validade formal dos casamentos diplomáticos e consulares e regula as condições em que esses casamentos podem ser celebrados; e, no artigo 7.º, estabelece o valor do casamento formalmente válido em harmonia com a lei nacional dos cônjuges, mas celebrado em contrário da lei do lugar da celebração. Estudaremos separadamente cada um dêstes assuntos, para expormos os princípios da convenção na sua sucessão lógica.

O regime da validade formal do casamento celebrado perante as autoridades locais é assim estabelecido pelo artigo 5.º da convenção:

Artigo 5.º *Será em toda a parte reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver efeituado.*

(1) Sôbre as leis dos outros Estados contratantes, vide: Buzzati, ob. cit., n.ºs 58 e seg.; Travers, ob. cit., II, n.ºs 857 e seg.; Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 42 e seg.

Fica todavia entendido que os países cuja legislação exige uma celebração religiosa poderão deixar de reconhecer como válidos os casamentos contraídos pelos seus nacionais no estranjeiro, com inobservância dêsse preceito.

Deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em matéria de publicações; mas a falta destas não poderá produzir a nulidade do casamento noutros países além daquele cuja lei tiver sido violada.

Uma cópia autêntica do assento do casamente será transmitida às autoridades do país de cada um dos cônjuges.

Como se vê da letra dêste artigo, a convenção *admitiu*, por um lado, o princípio *locus regit actum* para determinar de um modo geral a lei reguladora da forma do casamento, e *transigiu*, por outro lado, quer com as legislações que exigem a celebração religiosa do casamento, quer com as legislações dos Estados que exigem que façam publicações no país os seus nacionais que se casem em país estranjeiro.

A transigência com as legislações que exigem uma celebração religiosa resultou, sobretudo, de, nas conferências da Haia, estar representada a Rússia, a qual admitia exclusivamente o casamento religioso, e êsse país ter repugnância em reconhecer o casamento civil contraído pelos seus nacionais em país estranjeiro (1).

A transigência com as legislações que exigem a publicação no país do projecto do casamento de nacionais em país estranjeiro derivou de nas conferências se encontrar representado um considerável número de Estados — Austria, Bélgica, França, Holanda, Hungria, Itália e Luxemburgo (2) — cujas leis exigem aquela publicação.

A fácil aceitação do princípio *locus regit actum* foi o

(1) *Actes*, I, pág. 48; *Actes*, III, págs. 63, 164 e 175; *Documents*, de 1900, pág. 14 e 176.

(2) Códigos civis — austríaco, artigo 4.º, francês, belga e luxemburguês, artigo 170.º, holandês, artigo 138.º e 154.º (modificados pela lei de 7 de julho de 1906) (Vide: Buzzati, ob. cit., n.º 88; Travers, ob. cit., II, n.ºs 719 e seg.; Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 42 e seg.), e italiano, artigo 100.º; lei húngara XXXI de 1894, artigo 113.

resultado do modo de ser das legislações dos Estados contratantes.

Eram unânimes estas legislações em admitir o princípio na determinação da lei reguladora, tanto do casamento dos nacionais em país estranjeiro, como do casamento dos estranjeiros no seu território e perante as autoridades locais (1).

319 — Determinado de modo geral o princípio de direito internacional privado que domina a convenção acêrca da validade formal do casamento, vejamos como o princípio foi organizado pela mesma convenção.

I — *Carácter e conteúdo do princípio.* O princípio aparece formulado na alínea 1.ª do artigo 5.º nestes já conhecidos termos: «*Será em toda a parte válido, quanto à forma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver efeituado*».

(1) a) *Casamento dos nacionais em país estranjeiro.* Sôbre êste ponto, obedecia o direito dos Estados contratantes a três correntes.

A primeira corrente era constituída pelas legislações alemã, belga, francesa, holandesa, húngara, italiana, luxemburguesa, portuguesa, rumena e suiça, segundo as quais a forma do casamento dos nacionais em país estranjeiro é exclusivamente regulada pela lei do lugar da celebração, e portanto o casamento será civil ou religioso e um ou outro facultativo ou obrigatório, segundo a legislação do Estado local.

A segunda corrente abrangia as legislações austríaca e sueca, pelas quais o casamento de nacionais em país estranjeiro é válido quando celebrado quer segundo a forma estabelecida pela lei do país da celebração, quer segundo a lei nacional, isto é, aquelas legislações reconhecem o princípio *locus regit actum*, mas sob a forma facultativa.

A terceira informava o direito espanhol, segundo o qual, embora a forma do casamento de espanhois em país estranjeiro seja em geral regulada pela lei do lugar da celebração, é considerado válido o casamento católico celebrado por súbditos espanhois num país de casamento civil obrigatório.

b) *Casamento de estranjeiros no Estado local.* Eram e são unânimes as legislações dos Estados contratantes em sujeitar os estranjeiros à forma de casamento estabelecida pela lei local. Na Alemanha, Espanha, Holanda, Hungria, Suécia e Suiça, é isso estabelecido em lei expressa; em Portugal, resulta, por lógica reciprocidade, dos artigos 24.º e 1065.º do Código civil, do artigo 58.º do decreto de 25 de dezembro de 1910 e do artigo 144.º do regulamento consular, que *mandam* regular, quanto à forma, os actos, em geral, e o casamento, em especial, dos portugueses em país estranjeiro pela lei do lugar da celebração, e deduz-se, por analogia, do artigo 4.º, n.º 3.º, do Código comercial, que, sem fazer distinção de pessoas ou de lugares, *manda* regular a forma dos actos pela lei do país da celebração; nos demais países, Austria, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Rumânia, é princípio incontestàvelmente admitido pela doutrina e pela jurisprudência (Vide Buzzati, ob. cit., n.º 74.º; Travers, ob. cit., II, n.º 587 e seg.; Supra, n.ºs 241 e seg.).

Referindo-se a esta disposição, disse a comissão de 1893 que não hesitara em estabelecer a regra tradicionalmente expressa pela máxima *locus regit actum*, pois, em seu entender, o casamento regularmente celebrado num país, em conformidade da lei dêsse país, devia ser considerado válido em todos os demais, ainda no país dos cônjuges, qualquer que seja a diferença que possa haver entre as formalidades exigidas nos diferentes países (1), e a comissão de 1900 acrescentou que a 1.ª alínea do artigo, que se limitava a aplicar à forma do casamento a célebre máxima *locus regit actum*, fôra adoptada sem objecção (2).

Não diz, porém, a convenção, nem de modo explícito o disseram as comissões, qual o valor exacto da fórmula — *segundo a lei do país onde se houver celebrado*, de modo a ficar bem determinado se a convenção se refere à *lei interna* do Estado da celebração sôbre a forma do casamento, ou se ao contrário se refere à *norma de conflitos* dêsse Estado sôbre o assunto. E a questão é importante, pois, se a convenção se refere à lei interna do Estado da celebração, o casamento só será válido quando a forma da lei local tenha sido observada e o princípio *locus regit actum* reveste na convenção carácter fundamentalmente *obrigatório*, e, se a convenção se refere à norma de conflitos do Estado local, o casamento de estranjeiros será válido quando celebrado em harmonia com a lei competente segundo essa norma de conflitos e, por isso, será aplicável quer a lei local quer a lei nacional, quer uma ou outra, consoante a norma de conflitos tornar obrigatória uma ou outra lei ou permitir a escolha entre elas.

Qual, pois, o verdadeiro sentido da fórmula?

Pensamos que a fórmula se refere à lei interna (3).

Em primeiro lugar, as comissões de 1893 e de 1900 declararam que a alínea 1.ª do artigo 5.º consagrava o princípio *locus regit actum*, e êste princípio é por todos entendido como referindo-se à lei local interna, e não às normas locais de conflitos. E que o princípio também assim foi entendido nas conferências da Haia, mostra-o a toda a evidência a passagem do relatório da comissão de 1893 onde se diz que — «o casamento regularmente celebrado num país, em conformidade da lei dêste país, deve, sob o aspecto da forma, ser considerado válido, não só neste, mas nos outros países, mesmo na pátria dos cônjuges, *qualquer que seja a diferença existente entre as formalidades exigidas*» (1), passagem referente, sem a menor sombra de dúvida, à lei interna do Estado da celebração, e não à lei dêste Estado em matéria de conflitos.

(1) *Actes*, I, pág. 48.
(2) *Actes*, III, pág. 175.
(3) Vide, em sentido contrário, Buzzati, ob. cit., pág. 295.

Depois, a comissão de 1900, justificando o artigo 7.º, que está intimamente relacionado com a alínea 1.ª do artigo 5.º, pois representa uma limitação à regra por ela estabelecida, disse que o casamento religioso celebrado num país em que os actos do estado civil estão secularizados, é nulo neste país, como contrário a uma lei de ordem pública, sinal de que a comissão, ao sujeitar a forma do casamento à lei local, quis referir-se às disposições desta lei em que efectivamente se regula a forma do casamento.

Demais, a conferência de 1894 e a comissão de 1900 rejeitaram a proposta feita em 1894 pelo delegado da Noruega (2), e repetida em 1900 pela Suécia (3) e Noruega, para que na convenção se estabelecesse o princípio de que seria válido o casamento religioso celebrado em país estranjeiro, entre nacionais de um mesmo Estado, em conformidade da lei dêste Estado, se a lei do país da celebração a isso se não opusesse, o que mostra que tanto a segunda conferência como a comissão de 1900 entenderam que o casamento devia ser celebrado segundo a forma da lei local e não segundo a forma da lei nacional, ainda que a lei local o permitisse.

Além disso, entender a fórmula como referindo-se às normas de conflitos do Estado da celebração, equivalia a admitir na alínea 1.ª do artigo 5.º mais uma regra de devolução, pois não haveria referência a uma lei interna, mas a uma lei de direito internacional privado, quando a comissão de 1900 declarou que não admitia a teoria da devolução como princípio geral de direito internacional e que a perfilhara no artigo 1.º apenas por motivos de oportunidade, o que certa-

(1) *Actes*, I, pág. 48.
(2) *Actes*, II, pág. 44 e 45.
(3) *Documents*, de 1900, pág. 14 e 179.

mente revela que, se a comissão quisesse reconhecê-la no artigo 5.°, o teria dito claramente.

Ainda, se a convenção pretendesse, com efeito, consagrar mais uma regra de devolução, usaria uma forma semelhante à que usou no artigo 1.°, e diria naturalmente — «segundo a lei do país onde se houver efeituado, a não ser que uma disposição desta lei se refira expressamente a outra lei».

Por fim, a conferência de 1900, que elaborou a convenção, não reconhecendo a teoria da devolução, aceitou implìcitamente o princípio de que, como diz Asser, a sciência do direito internacional privado tem por fim designar directamente a própria lei que deve regular uma relação jurídica e se não limita a remeter para as regras de conflitos vigentes num determinado Estado e, por isso, a convenção deve ser interpretada no sentido de que, quando se refere à lei de um determinado Estado, quere indicar essa lei nas suas disposições de direito interno. A referência às normas de conflitos só pode ser excepção e, portanto, ou deve ser expressa ou admitir-se simplesmente quando a convenção não possa ter outra interpretação.

Sendo assim, devemos concluir que a alínea 1.ª do artigo 5.° se refere à lei interna do país da celebração, e que a observância desta lei é obrigatória, apenas com a restrição de eficácia estabelecida pela alínea 2.ª e 3.ª, e com a limitação formulada no artigo 7.°, de que adiante daremos notícia.

Conhecido o *carácter* do princípio, determinemos o seu *conteúdo*.

Refere-se êste: *a*) à *forma* civil ou religiosa do casamento; *b*) à *autoridade competente* para o celebrar; *c*) e às *formalidades* de que depende a celebração.

a) *Casamento civil e religioso.* No direito interno dos Estados civilizados aparecem associadas ou isoladas as duas formas matrimoniais *civil* e *religiosa*. Quando se encontram isoladas, é *obrigatório* ou o casamento civil, como hoje acontece na maioria dos Estados contratantes — Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Ruménia e Suíça (1) —, ou o casamento religioso, como acontecia na Rússia ao tempo

(1) Códigos civis — holandês, artigo 131.°; italiano, artigo 93.°; luxemburguês, artigo 165.°; rumeno, artigo 151.°, e suíço, artigo 105.° e seguintes; decreto português de 25 de dezembro de 1910, artigo 2.° e 63.°.

em que foi elaborada a convenção. Quando se encontram associadas, pode a forma religiosa ser obrigatória para os sequazes da respectiva confissão religiosa, como acontecia na Suécia antes da lei de 6 de novembro de 1908 (1), ou ser apenas facultativa, como acontecia em Portugal antes da execução do decreto de 25 de dezembro de 1910, e como hoje acontece na Suécia em face daquela lei, o único dos actuais Estados contratantes onde existe uma forma religiosa do casamento a que a lei atribui efeitos jurídicos.

O princípio *locus regit actum*, como o estabelece a convenção, abrange as duas formas matrimoniais civil e religiosa como elas forem estabelecidas pela lei do lugar da celebração. Podem, por isso, os nacionais dos Estados contratantes casar religiosamente na Suécia nos precisos termos em que a lei sueca reconhece o casamento religioso, independentemente de o casamento religioso ser ou não admitido pelas leis do seu país. Desde que a convenção deu competência à lei do lugar da celebração para regular a forma do casamento, os súbditos dos Estados contratantes têm o direito de contrair casamento pela forma da lei local, não podendo a lei nacional privá-los dêsse direito (2).

b) *Autoridade competente.* Em todos os Estados contratantes, o casamento tem a forma de um *acto público*, exigindo a intervenção de uma autoridade, ou civil, ou religiosa reconhecida pelo poder civil. Sendo assim, a atribuïção à lei do lugar da celebração de competência para regular a forma do casamento equivale a reconhecer a competência da autoridade que, segundo a mesma lei, for competente para celebrar o casamento. É evidente.

c) *Formalidades.* A celebração do casamento tem um *período de preparação*, durante o qual já se praticam formalidades destinadas, principalmente, a verificar a existência da capacidade matrimonial, como são as publicações do projecto de casamento. Podem chamar-se *formalidades preliminares*, como lhes chama o código italiano, o decreto brasileiro n.° 181 de 24 de janeiro de 1890, e o artigo 62.° do decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910.

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1908, pág. 575.
(2) Vide Travers, ob. cit., II, n.° 587 e 588.

Terminadas as formalidades preliminares, segue-se o próprio acto da celebração do casamento, o qual também se verifica mediante a prática de formalidades, as quais são, com propriedade, designadas por Travers *formalidades constitutivas da celebração* (1), como são a comparência dos contraentes, o modo de declaração da sua vontade, o modo de manifestação da vontade das pessoas que assistem ao acto e devem autorizar o casamento, a publicidade da cerimónia, a leitura pelo oficial do registo do estado civil de determinados textos legais e a declaração da união conjugal pelo mesmo funcionário (2).

Todas as formalidades preliminares e todas as formalidades constitutivas da celebração do casamento são reguladas pela lei do lugar da celebração, por fôrça da alínea 1.ª do artigo 5.º da convenção.

Nas formalidades de constituïção faz Travers entrar a *presença efectiva* dos nubentes ao acto ou a sua representação mediante mandato, considerando a lei que rege a representação uma pura lei de forma (3). Já noutro lugar expusemos as nossas ideas sôbre o assunto. Para aí remetemos o leitor (4).

Quanto ao modo de declaração da vontade das pessoas que devem consentir no casamento, a lei do lugar da celebração do casamento apenas pode aplicar-se no caso de essas pessoas assistirem à celebração do casamento.

Se não assistirem, qual será a lei reguladora do modo de prestação do consentimento?

A prestação do consentimento é um *acto habilitante* e, por isso, a sua *necessidade* ou a sua *dispensa* é regulada pela lei que regula de modo geral as condições de validade intrínseca do casamento, que é a lei nacional de cada um dos futuros cônjuges ou a lei a que a lei nacional se referir.

Constitui, porém, uma questão delicada a determinação da lei reguladora da forma do acto de prestação do consentimento, sendo de hesitar entre a lei competente para regular a necessidade da prestação do consentimento e a lei do lugar

(1) Ob. cit., II, n.º 614.
(2) Travers, ob. cit., II, n.º 659.
(3) Ob. cit., n.º 660.
(4) Supra, n.º 255.

onde êste é prestado, por aplicação do princípio *locus regit actum*. E a hesitação vem de que a forma da prestação do consentimento é a regulamentação de uma condição de validade intrínseca do casamento, parecendo, por isso, que deve ser regulada pela mesma lei que rege a condição de validade a que se refere.

Cremos, contudo, que, ainda no caso presente, se deve aplicar o princípio *locus regit actum*, regulando a forma da prestação do consentimento a lei do lugar em que êle for prestado.

Em primeiro lugar, todo o acto de autorização, se bem que não tenha fim próprio e apenas sirva para preparar a prática de outro acto, é juridicamente um acto independente e por si subsistente, tendo, como qualquer outro acto jurídico, as suas condições de validade intrínseca e a sua *forma*, não havendo razão alguma para o subtrair ao princípio geral *locus regit actum*.

Demais, se para regular a forma do acto para que se dá autorização é competente a lei do país onde o acto é praticado, seria ilógico que para o acto de autorização, quando praticado no mesmo país, se não reconhecesse a competência da mesma lei.

Além disso, a protecção do incapaz está em que se pratique o acto de autorização exigido pela lei nacional, e não na forma que o acto venha a revestir. Da seriedade do acto quanto à forma só é juiz o Estado onde o acto é praticado e, por isso, desde que êsse Estado julga suficiente uma certa forma, deve entender-se que o acto exigido pela lei nacional realiza suficientemente a protecção do incapaz, uma vez que revista a forma da lei local.

Depois, não é de esquecer que, só por imprecisão de linguagem ou à falta de palavra melhor, é que se chamam *formalidades* os actos de *intervenção* de certas pessoas ou autoridades para *suprir* a incapacidade dos menores ou das pessoas que lhes são mais ou menos equiparadas. Êsses actos, como quaisquer outros, têm o seu *conteúdo*, que é a própria intervenção para protecção do incapaz, o seu *elemento subjectivo*, a pessoa ou entidade competente para o praticar, e o seu *elemento produtivo*, isto é, a acção dessa pessoa ou entidade exercendo-se em benefício do menor,

assim como têm o seu *modo de realização*, que é pròpriamente a sua *forma*. Ora compreende-se muito bem que a necessidade do acto de intervenção e a competência para o praticar sejam indicadas pela lei pessoal do incapaz, que é a sua lei de protecção, e que a forma do acto seja regulada pela lei do lugar da sua realização. Parece evidente que o princípio *locus regit actum* tem aqui a mesma razão de ser que se lhe atribui relativamente a quaisquer outros actos. Ninguém contesta que o domínio de aplicação do princípio é a *forma externa* dos actos, e saber se um acto deve ser celebrado autênticamente ou o pode ser por documento particular é, sem a menor dúvida, uma questão de forma externa dos actos.

Finalmente, se, quando o consentimento é prestado no momento do casamento, se aplica à forma da sua prestação a lei do lugar onde é prestado, o mesmo deve acontecer quando prestado em outro lugar.

320 — II — *Limitação do princípio derivadd de a lei nacional exigir uma celebração religiosa.* Aceito o princípio *locus regit actum* e dada a circunstância de os Estados representados na conferência estabelecerem, uns exclusivamente o casamento civil, e outros que todos ou alguns dos seus nacionais se casassem religiosamente, entendeu-se que não devia consignar-se aquele princípio de modo absoluto, por forma a impor aos Estados confessionais o reconhecimento do casamento civil contraído pelos seus nacionais em país estranjeiro, e logo em 1893 a conferência votou a doutrina que se lê na alínea 2.ª do artigo 5.º da convenção, pela qual os países cuja legislação exige uma celebração religiosa podem deixar de reconhecer como válidos os casamentos contraídos pelos seus nacionais no estranjeiro com inobservância dêsse preceito.

Se, pois, a legislação de um Estado contratante exigir, por exemplo, que todos ou alguns dos seus nacionais casem catòlicamente, poderá deixar de ser reconhecido o casamento civil celebrado em qualquer outro Estado contratante.

E, o que se diz do casamento civil, deve dizer-se do casamento religioso celebrado segundo o rito de uma religião diferente da reconhecida pela lei nacional, pois, como

nota Travers (1), não pode considerar-se satisfeita a exigência da lei nacional pelo facto de se haver celebrado uma cerimónia religiosa qualquer.

A faculdade de não considerar válido o casamento só pode, porém, ser exercida pelo Estado de que os cônjuges sejam nacionais. Os outros Estados têm que considerar o casamento formalmente válido.

Deve notar-se que, nas relações dos actuais Estados contratantes, nenhuma aplicação pode ter a alínea 2.ª do artigo 5.º, por isso que nenhum dêsses Estados impõe aos seus nacionais a celebração religiosa do casamento (2).

321 — III — *Limitação derivada da exigência de publicações no país pela lei nacional.* O projecto da comissão de 1893 não se referia a quaisquer formalidades de publicação do casamento, mas referia-se o relatório ao assunto nestes termos: «certas legislações exigem que os seus nacionais que queiram casar em país estranjeiro façam publicações no país de origem; esta exigência deverá ser respeitada no país em que a celebração fôr projectada» (3). Entendia, contudo, a comissão que a obrigação de respeitar as publicações derivava dos termos gerais do artigo 1.º.

Todavia, certamente porque podia, pelo menos, duvidar-se se as publicações não constituíam antes um elemento de forma do que uma condição de validade intrínseca do casamento, resolveu a conferência em assemblea geral que a convenção se referisse às publicações, e assim o entenderam também a comissão e a conferência de 1900, a primeira propondo e a segunda aprovando a 3.ª alínea do artigo 5.º da convenção, assim redigida: *«Deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em matéria de publicações; mas a falta destas não poderá produzir a nulidade do casamento noutros países além daquele cuja lei tiver sido violada»* (4).

Em matéria de casamento, as publicações têm por fim tornar conhecido ou o projecto de casamento ou o casamento

(1) Ob. cit., II, pág. 91, nota 1.
(2) Travers, ob. cit., II, n.º 718.
(3) *Actes*, I, pág. 46.
(4) *Actes*, III, pág. 175 e 176.

já realizado. A primeira forma de publicidade destina-se a provocar qualquer oposição que possa levantar-se à realização do casamento, e a segunda a certificar com exactidão qual o estado das pessoas.

Como se vê claramente do trecho citado do relatório da comissão de 1893, aquele preceito apenas se refere às publicações destinadas a tornar conhecido o projecto de casamento.

Mas, a convenção manda respeitar as *disposições da lei nacional* em matéria de publicações. Significará isto que devem ser *sempre* respeitadas tais disposições, mesmo quando a lei dos Estados contratantes não exija publicações quanto aos nacionais que casem em país estranjeiro, ou quererá dizer que só devem ser respeitadas as disposições da lei nacional que exigem publicações quando os nacionais se casem no estranjeiro, isto é, a alínea 3.ª do artigo 5.º refere-se à lei nacional nas suas disposições de direito interno ou nas suas normas de conflitos?

Foram explícitos os relatórios das comissões de 1893, cuja letra já conhecemos, e o da comissão de 1900, que diz: —«A lei nacional ou, mais exactamente, a lei indicada pelo artigo 1.º pode prescrever publicações para os casamentos que se fazem no estranjeiro; as disposições sôbre êste assunto devem ser respeitadas». Não há dúvida, pois, de que a convenção quis referir-se às disposições que exijam publicações quanto aos casamentos que se realizam em país estranjeiro.

Mas, qual o verdadeiro alcance da fórmula — *disposição da lei nacional?* Indicará que devem ser respeitadas apenas as disposições da lei do Estado de origem que *directamente* exijam publicações para os casamentos dos seus nacionais em país estranjeiro, ou ainda significará que, quando a lei nacional manda ou permite que o direito de contrair casamento seja regulado pela lei do domicílio e nesta houver uma disposição que exija publicações para os casamentos celebrados em país estranjeiro, também as disposições da lei do domicílio devem ser respeitadas?

Do trecho transcrito do relatório da comissão de 1900, vê-se que a comissão atribuiu à fórmula o segundo sentido, isto é, o sentido de que a convenção quis referir-se tanto à

lei nacional como à lei a que a lei nacional se refira, pois diz — *a lei nacional, ou mais exactamente, a lei indicada pelo artigo 1.º*, já que a lei indicada pelo artigo 1.º é tanto a lei nacional como a lei a que esta se refira.

A comissão esqueceu-se, porém, de que as publicações se referem à *forma* do casamento e de que, portanto, nada têm com a regra de devolução aceita no artigo 1.º, que se refere à validade intrínseca. Sendo assim, porque a alínea 3.ª do artigo 5.º apenas se refere à *lei nacional*, e também porque aquela alínea é uma limitação da alínea 1.ª e, portanto, de interpretação restritiva, é juridicamente insustentável a doutrina da comissão (1).

A alínea do artigo 5.º que vamos analisando diz — *deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em matéria de publicações* e, portanto, impõe uma *obrigação*. A quem é, porém, imposta tal obrigação? Á primeira vista, podia parecer que as disposições da lei nacional sôbre publicações deviam ser respeitadas pelas autoridades do Estado da celebração, as quais não poderiam celebrar o casamento de estranjeiros sem que se mostrassem cumpridas as disposições da lei do seu país sôbre publicações, e que, portanto, a obrigação era imposta ao Estado da celebração do casamento. E isto, porque os tratados regulam relações entre Estados e, portanto, as obrigações que os mesmos tratados estabelecem são, em princípio, impostas aos Estados contratantes.

O relatório interpreta, porém, a disposição de modo diferente: «as suas disposições (da lei nacional) sôbre êste assunto devem ser respeitadas pelos *interessados*. Não se impõe à autoridade do lugar da celebração a obrigação de exigir, independentemente das publicações prescritas pela sua própria lei, as que prescreva a lei dos futuros cônjuges» (2). Segundo esta passagem do relatório, a alínea 3.ª do artigo 5.º não estabelece uma obrigação internacional, mas apenas ressalva as disposições da lei nacional que exijam as publicações, de modo que as autoridades do Estado da celebração não têm o dever de exigir a prova de que as publicações se fizeram ou de que não eram necessárias, embora os interessados devam

(1) Vide no mesmo sentido: Buzzati, ob. cit., n.º 89; Travers, ob. cit., II, n.ºs 726 e 727.

(2) *Actes*, III, pág. 176.

respeitar aquelas disposições, sujeitando-se à respectiva pêna, quando não as cumpram. Isto é, a alínea significa, no pensamento da comissão, que, assinando a convenção, os Estados contratantes não revogaram as disposições das suas leis que exijam publicações para o casamento de nacionais em país estranjeiro, mas que essas disposições ficavam em vigor e continuavam a produzir no seu território todos os seus efeitos, embora o cumprimento das mesmas disposições ficasse dependente da vontade dos interessados, como sôbre estes pesam as responsabilidades do seu não cumprimento.

E, desde que era êste o pensamento expresso da comissão e da conferência, não devemos vêr na alínea 3.ª do artigo 5.º uma obrigação para o Estado da celebração. Seria ir mais longe do que quis ir o legislador internacional.

Mas, se o Estado da celebração não tem *obrigação* de exigir a prova de que se fizeram as publicações prescritas pela lei nacional dos futuros cônjuges, terá ao menos o *direito* de fazer essa exigência? Cremos que sim. As prescrições da lei nacional devem ser respeitadas e, embora o relatório diga que não se impõe à autoridade local a obrigação de exigir as publicações prescritas pela lei nacional, não diz que esta autoridade não possa exigir o seu cumprimento e, por isso, parece lógico que ao Estado da celebração caiba aquele direito.

E assim o entendeu a lei sueca de 12 de novembro de 1915, determinando (capítulo I, artigo 4.º, alínea 2.ª) que, se a lei de um Estado estranjeiro contiver alguma prescrição acêrca de publicações do casamento para o caso em que um cidadão daquele Estado pretenda casar fora do seu país, poderá o Rei ordenar que o casamento se não realize perante as autoridades suecas sem se demonstrar que tais publicações se fizeram ou que a autoridade competente do mesmo Estado concedeu dispensa das mesmas publicações (1).

d) Na última parte da alínea 3.ª do artigo 5.º determina a convenção o efeito da falta das publicações prescritas pela lei nacional, dispondo—*«mas a falta destas* (publicações) *não poderá produzir a nulidade do casamento noutros países além daquele cuja lei tiver sido violada»*

(1) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 53.

Obedecendo à orientação geral que presidiu à elaboração da convenção, que era restringir o mais possível a nulidade do casamento, declara aquela disposição que a falta de publicações *só poderá* produzir a nulidade do casamento no Estado cuja lei tiver sido violada.

A fôrça da palavra—*poderá*—foi fixada pelo relator da comissão de 1900, o qual, em resposta ao delegado holandês Rahusen, que pedia se esclarecesse o sentido da mesma palavra, disse que com ela se pretendia afirmar que a anulação do casamento é facultativa mesmo no Estado cuja lei tiver sido violada (1).

No Estado da celebração e em terceiros Estados, o casamento será válido, e nem mesmo poderá ser executada a sentença de anulação proferida no país cuja lei foi violada. O resultado será que o casamento será nulo num Estado e válido nos outros, e o mesmo indivíduo será aqui tido por solteiro e além será tido por casado.

322—IV—*Limitação derivada da admissão dos casamentos diplomáticos e consulares.* Ou para facilitar o casamento dos nacionais em país estranjeiro, ou para lhes tornar possível o casamento quando no Estado local fôsse apenas reconhecida a forma religiosa do casamento e esta não condissesse com os seus escrúpulos de consciência, ou ainda para dar estabilidade ao casamento, evitando que êste, exageradamente facilitado pelas autoridades locais, ficasse sujeito freqüentemente a anulação, admite de há muito a prática internacional que os agentes diplomáticos ou consulares celebrem o casamento dos nacionais do país representado por êsses agentes, isto é, reconhece os *casamentos diplomáticos* e *consulares* (2).

Também a convenção que vimos analisando, reconhece êstes casamentos, como se vê do artigo 6.º, cuja letra é:

«Artigo 6.º *Será em toda a parte reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado perante*

(1) *Actes*, III, pág. 163.
(2) Sôbre os casamentos diplomáticos e consulares, em face da convenção e do direito português comum, vide: Dr. Cesar de Sousa Mendes, *Casamentos diplomáticos e consulares*, Coimbra, 1915.

um agente diplomático ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contratantes for nacional do Estado em que o casamento houver sido celebrado, e se êsse Estado a tal se não opuser. Não poderá opor-se-lhe, tratando-se de casamento que, em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, for contrário às suas leis.

A reserva da segunda alínea do artigo 5.º é aplicável aos casamentos diplomáticos ou consulares.

Segundo mostram a disposição da alínea 1.ª dêste art. 6.º e a exposição de motivos feita pelas comissões de 1893 (1) e de 1900 (2), reconhece a convenção duas categorias de casamentos diplomáticos e consulares: casamentos diplomáticos e consulares *de utilidade;* e casamentos diplomáticos e consulares *de necessidade.*

Corresponde esta dupla categoria matrimonial à situação em que podem encontrar-se os estranjeiros em face da legislação local, quanto à possibilidade de realização do casamento.

Se os estranjeiros, capazes de se casarem segundo a sua lei nacional e em quem se não dê algum dos impedimentos referidos pela alínea 1.ª do artigo 2.º da convenção, *puderem casar-se* perante as autoridades locais, o casamento diplomático ou consular apenas se baseia numa *razão de utilidade* ou numa *razão de comodidade* dos nubentes, a quem pode ser mais fácil ou mais agradável celebrar o casamento perante os representantes do seu país. Não se dá claramente uma *razão de necessidade,* já que o casamento pode realizar-se perante as autoridades locais.

É por isso que a convenção, reconhecendo em tal hipótese o casamento diplomático e consular, só o admite quando a êle *se não oponha* o Estado local.

Se, porém, a forma local do casamento for exclusivamente religiosa e os estranjeiros não professarem a religião que determina a forma matrimonial, estão naturalmente *impedidos* de se casarem perante as autoridades locais, e então o

(1) *Actes,* I, pág. 48 e 49.
(2) *Actes,* III, pág. 176 e 177.

casamento diplomático ou consular assume um aspecto *de necessidade.* Em tal caso, a não ser que se pretendesse proïbir aos estranjeiros o contrair casamento no Estado local, era indispensável reconhecer competência aos agentes diplomáticos e consulares para celebrarem os casamentos dos seus nacionais. Assim o fez a convenção, determinando que o Estado local *não poderá opor-se* ao casamento de estranjeiros que, em virtude de impedimento de ordem religiosa, for contrário às suas leis.

Dos impedimentos de ordem religiosa aproximou a convenção o impedimento de casamento anterior, como fizera na 3.ª alínea do artigo 2.º, por entender que tanto uns como outros só deviam obstar ao casamento de estranjeiros perante as autoridades locais, e não perante os agentes diplomáticos e consulares.

Tendo, assim, a convenção reconhecido os casamentos diplomáticos e consulares, estudemos o fundamento jurídico dêsses casamentos e as condições da sua validade e da sua eficácia.

a) *Fundamento.* Segundo uma corrente doutrinal hoje quási abandonada, o fundamento jurídico dos casamentos diplomáticos e consulares está no princípio da *exterritorialidade,* pelo qual as legações ou os consulados se consideram como fazendo parte integrante do Estado que representam, podendo, portanto, ser aí aplicáveis as leis dêsse Estado.

A exterritorialidade não passava, porém, de uma ficção, e a doutrina geral viu em outros fundamentos a base jurídica daqueles casamentos.

A celebração dos casamentos diplomáticos e consulares representa um acto de jurisdição praticado pelas autoridades de um Estado dentro do domínio soberano de outro Estado e, por isso, só poderá ter lugar mediante o *consentimento* do Estado local, quer êsse consentimento seja *tácito,* pela não oposição ao exercício da competência matrimonial pelos agentes diplomáticos e consulares, quer êsse consentimento seja *expresso,* obrigando-se o Estado por convenções internacionais a reconhecer aquela competência.

A convenção seguiu claramente esta orientação.

É evidente a respeito dos casamentos de utilidade, pois

êstes casamentos só serão reconhecidos quando o Estado local a êles *se não opuser*.

Foi, porém, seguido o mesmo princípio quanto aos casamentos de necessidade. Em primeiro lugar, foi por um acto de consentimento — a convenção — que os Estados se obrigaram a não se opor em determinados casos ao casamento diplomático e consular. Depois, como já se inferia das alíneas 1.ª e 3.ª do artigo 2.º, e como expressamente o declarou a comissão de 1900 (1), mesmo nos casamentos diplomáticos e consulares têm de ser respeitadas as proïbições da alínea 1.ª do mesmo artigo, o que mostra que a convenção pôs completamente de lado o conceito da exterritorialidade, pois, em face dêste conceito, o casamento seria celebrado como no próprio país do cônsul e, por isso, não tinham que ser respeitados os impedimentos da lei local, que também o não seriam no Estado de origem, e igualmente mostra que os agentes diplomáticos e consulares apenas exercem a sua autoridade dentro dos limites consentidos pelo Estado local.

b) *Condições.* As condições de validade dos casamentos diplomáticos e consulares variam segundo se trata de casamentos diplomáticos e consulares de utilidade ou de casamentos diplomáticos e consulares de necessidade.

I — *Casamentos diplomáticos e consulares de utilidade.* A alínea 1.ª do artigo 6.º reconhece estes casamentos nos seguintes termos: «*Será em toda a parte reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contratantes for nacional do Estado em que o casamento houver sido celebrado, e se êsse Estado a tal se não opuser*».

Desta disposição e da sua comparação com as disposições dos artigos 1.º e 2.º da convenção, resulta que a validade dos casamentos diplomáticos e consulares de utilidade depende das seguintes condições:

1.ª) *O casamento deve ser permitido pelo Estado a que pertence a legação ou o consulado.* O casamento deve ser celebrado em harmonia com a legislação do agente diplomático ou consular e, por isso, a primeira condição para a

(1) *Actes*, III, pág. 177.

realização do casamento é que êste seja permitido por aquela legislação, isto é, que os agentes diplomáticos e consulares possam celebrar casamentos.

Sendo assim, importa saber quais são os Estados signatários que reconhecem competência aos seus agentes diplomáticos e consulares para a celebração de casamentos e em que termos essa competência lhes é conferida.

Todos os Estados contratantes reconhecem aos seus agentes diplomáticos ou consulares competência para a celebração de casamentos dos seus nacionais.

Segundo, porém, a maior ou menor amplitude da competência matrimonial dos agentes diplomáticos e consulares, formam aqueles Estados três grupos.

α) O primeiro grupo é constituído pela Suécia (1) e Suíça (2), cujos agentes diplomáticos e consulares podem celebrar casamentos, desde que *qualquer* dos nubentes seja nacional daqueles Estados.

β) O segundo é formado pela Itália e Portugal, por cujas legislações a competência diplomática ou consular depende de o *marido* ser do Estado a que pertence a legação ou o consulado (3).

γ) No terceiro, finalmente, entram a Holanda, o Luxemburgo e a Ruménia (4), cujas legislações exigem que *ambos* os futuros cônjuges sejam da nacionalidade do cônsul ou do agente diplomático.

2.ª) *Nenhum dos nubentes deve ser cidadão do Estado local.* Três sistemas tinham sido oferecidos à consideração da comissão de 1900 para o efeito de determinar a competência diplomática e consular quanto à celebração de casamentos.

(1) Os agentes diplomáticos e consulares da Suécia precisam, para celebrar casamentos, de ser autorizados pelo Rei (lei de 8 de julho de 1904, artigo 1.º).

(2) Os agentes diplomáticos e consulares suíços podem celebrar casamentos sendo autorizados pelo conselho federal (Lei de 24 de dezembro de 1874). É, porém, certo que a nenhum agente diplomático ou consular da Suíça nos Estados contratantes tem sido atribuída tal faculdade (Buzzati, ob. cit., pág. 342; Travers, ob. cit., II, n.º 753).

(3) Código civil italiano, artigo 368.º; regulamento consular português, artigo 145.º.

(4) Códigos civis — luxemburguês, artigo 48.º, lei rumena de 13 de fevereiro de 1874. Conf. Buzzati, ob. cit., pág. 340 e 341. Deve notar-se que, segundo o decreto holandês de 29 de agosto de 1894, entre os Estados signatários, só em Portugal os cônsules holandeses podem celebrar casamentos (Buzzati, ob. cit., pág. 341; Travers, ob. cit., II, n.os 754 e seg.).

O primeiro sistema era o formulado pela comissão da primeira conferência (1), aprovado por esta conferência (2) e pela de 1894 (3), e ainda adoptado pelo projecto de programa da terceira conferência (4), segundo o qual os agentes diplomáticos e os cônsules poderiam celebrar casamentos quando *ambos* os futuros esposos pertencessem ao país representado pelos mesmos agentes diplomáticos ou consulares. O segundo fôra proposto pela Hungria (5), a qual entendia que a competência dos agentes diplomáticos e consulares devia ser reconhecida quando o *futuro marido* fôsse nacional do Estado da legação ou do consulado. O terceiro, finalmente, foi apresentado pela Alemanha (6) e pela Bélgica (7), que eram de parecer que aquela competência devia dar-se sempre que *qualquer* dos futuros cônjuges pertencesse ao Estado representado pelo agente diplomático ou consular. A comissão de 1900, em vez de aceitar qualquer dêstes sistemas, optou por uma *fórmula negativa*, exigindo apenas para a validade do casamento diplomático ou consular que nenhum dos nubentes seja do Estado da celebração do casamento. Tirante esta limitação, os agentes diplomáticos ou os cônsules poderão celebrar casamentos segundo a medida de competência estabelecida pela lei do país que representam.

3.ª) *O casamento deve ser consentido pelo Estado local.* Esta condição resulta do princípio seguido pelas conferências quanto à base jurídica dos casamentos diplomáticos e consulares. Desde que foi pôsto de parte o princípio da exterritorialidade, aqueles casamentos só podiam ser celebrados com o consentimento do Estado local e, por isso, a convenção determinou que o casamento será válido — *se o Estado onde o casamento houver sido celebrado se não opuser*.

Esta fórmula foi introduzida pela comissão de 1900. O texto votado em 1893 e em 1894 dizia: — *se a legislação do país onde o casamento houver sido celebrado se não*

(1) *Actes*, I, pág. 48 e 50.
(2) *Actes*, I, *Protocolo final*, pág. 2.
(3) *Actes*, II, pág. 48, e *Protocolo final*, pág. 2.
(4) *Documents*, III, pág. 100.
(5) *Documents*, III, pág. 16.
(6) *Documents*, III, lugar citado.
(7) *Documents*, III, lugar citado.

opuser (1). A substituïção desta pela outra fórmula foi explicada por aquela comissão. Segundo se diz no seu relatório, em vez das palavras *legislação do país*, empregou-se a palavra *Estado*, para na fórmula se compreenderem os dois casos — de na legislação local haver um texto expresso que obste ao casamento — e de, não havendo êsse texto, o govêrno local declarar que não permite os casamentos diplomáticos e consulares (2).

Segundo a comissão de 1900, a oposição do Estado local pode, pois, revestir duas formas, ou a *forma legislativa*, determinando-se num texto de lei que não são permitidos os casamentos diplomáticos e consulares, ou a *forma governamental*, declarando o govêrno, num decreto ou numa nota diplomática, por exemplo, que não consente êsses casamentos. Em todo o caso, a oposição deve ser *expressa*, pois a comissão falou em texto de lei e em declaração do govêrno e, portanto, pôs de lado a oposição *tácita* constituída pela prática de não reconhecer a validade dos casamentos diplomáticos e consulares celebrados no território do Estado.

Sendo assim, deve entender-se que aqueles Estados que, por uma lei ou por um acto do govêrno, não formularem expressamente a sua oposição aos casamentos diplomáticos e consulares, os consentem nos termos estabelecidos na convenção, isto é, que os agentes diplomáticos e consulares dos Estados signatários podem celebrar casamentos nos termos em que as leis do seu país o permitirem, desde que nenhum dos nubentes seja do Estado local (3).

Dos Estados signatários só três, do nosso conhecimento, se declararam já acêrca do consentimento dos casamentos diplomáticos e consulares. Foram a Holanda, a Suécia e a Suíça. O artigo 3.º da lei holandesa de 7 de julho de 1906 admite a celebração na Holanda dos casamentos diplomáticos e consulares de um modo geral (4); o artigo 5.º do capítulo I da lei sueca de 8 de julho de 1904 igualmente reconhece de modo geral os casamentos diplomáticos e consulares celebrados na

(1) *Actes*, I e II, *Protocolo final*, pág. 2.
(2) *Actes*, III, pág. 177.
(3) Vide, em sentido diverso, Travers, ob. cit., n.º 802.
(4) Buzzati, ob. cit., pág. 429.

Suécia (1); e a Suíça comunicou a alguns dos Estados signatários que não permitia aqueles casamentos (2). O silêncio dos outros Estados deve interpretar-se como consentimento e, portanto, deve entender-se que, dos Estados signatários, só a Suíça deixará de consentir os casamentos diplomáticos e consulares.

4.ª) *Deve ser observada a forma matrimonial estabelecida pela lei do Estado a que pertence a legação ou o consulado.* É mais uma conseqüência de a convenção dizer que o casamento deve ser celebrado em harmonia com a lei do agente diplomático ou do cônsul.

Os agentes diplomáticos e consulares são funcionários do Estado que representam, exercem funções públicas em nome dêsse Estado e, por isso, as formalidades dos actos oficiais por êles praticados não podem deixar de ser reguladas pela lei do mesmo Estado.

5.ª) *Deve ser respeitada a lei competente para regular o direito de contrair casamento e não devem ser infringidas as disposições da lei local aplicáveis aos estranjeiros.*

A convenção declara válido *quanto à forma* o casamento diplomático ou consular celebrado em harmonia com a lei do Estado a que pertence a legação ou o consulado.

E limitou-se a falar da *validade formal,* porque a *validade intrínseca* pode ser regulada por uma lei diferente da lei do país do agente diplomático ou consular.

Em verdade, por um lado, pode um agente diplomático ou um cônsul casar um seu nacional com uma pessoa que o não seja e, quanto a esta, a lei reguladora do direito de contrair matrimónio, sendo normalmente a sua lei nacional, é uma lei diferente da lei do país do agente e, além disso, admitindo o artigo 1.º da convenção a referência pela lei nacional a uma outra lei, pode evidentemente ainda a lei reguladora do direito de contrair casamento dos nacionais

(1) *Revue Darras — de Lapradelle,* 1908, pág. 519.
(2) Interrogado sôbre o assunto pelos govêrnos da Itália e da Suécia, o govêrno suiço respondeu que tencionava usar do direito que lhe conferia a convenção da Haia sôbre o casamento, e não autorizaria os casamentos diplomáticos ou consulares dentro do seu território (Vide *Revue* cit., ano cit., pág. 548).

do agente diplomático ou do cônsul deixar de ser a lei do seu país.

Por outro lado, os agentes diplomáticos ou consulares devem respeitar as proïbições da lei local indicadas na alínea 1.ª do artigo 2.º, quando o Estado da celebração as torne ou considere aplicáveis aos estranjeiros. É o que resulta: α) das primeiras palavras do artigo 2.º «a lei do lugar da celebração pode *proïbir o casamento*», as quais, na sua expressão genérica, abrangem tanto o casamento celebrado perante as autoridades locais como o casamento diplomático e consular; β) da comparação da alínea 1.ª do artigo 2.º com a alínea 3.ª do mesmo artigo e com a segunda parte da alínea 1.ª do artigo 6.º, donde se vê que os Estados signatários sòmente se obrigaram a consentir os casamentos diplomáticos e consulares contrários às suas leis em virtude de impedimentos de ordem religiosa ou de casamento anterior, e não aqueles que forem contrários às disposições das suas leis ressalvadas pela alínea 1.ª do artigo 2.º; γ) e da declaração formal da comissão de 1900, que expressamente disse que esta alínea do artigo 2.º se aplicava aos casamentos diplomáticos e consulares (1).

Contudo, embora se aplique aos casamentos diplomáticos e consulares a alínea 1.ª do artigo 2.º, a infracção das disposições da lei local ressalvadas por essa alínea não produz mais efeitos naqueles casamentos do que nos casamentos celebrados perante as autoridades locais e, por isso, não poderá produzir nunca, por fôrça da alínea 2.ª do mesmo artigo, a nulidade do casamento (2).

II — *Casamentos diplomáticos e consulares de necessidade.* Em harmonia com a segunda parte da alínea 1.ª do artigo 6.º, o *Estado local não pode opor-se aos casamentos diplomáticos ou consulares, tratando-se de casamento que, em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, for contrário às suas leis.*

Com êste preceito reconhece a convenção o que temos chamado casamentos diplomáticos ou consulares *de necessidade.*

(1) *Actes,* III, pág. 177.
(2) *Actes,* III, pág. 176.

Pela primeira parte da alínea 1.ª do artigo 6.°, o Estado local pode, em geral, opor-se aos casamentos diplomáticos e consulares. Essa oposição não poderá, porém, ser exercida em dois casos: 1.°) quando se trate de um casamento contrário às leis locais em razão de impedimento de ordem religiosa; 2.°) quando se trate de casamento contrário às mesmas leis em razão de casamento anterior.

Qual, porém, o verdadeiro alcance da fórmula do artigo 6.° — *impedimento de ordem religiosa?* Referir-se há simplesmente aos impedimentos pròpriamente ditos, isto é, a proïbições de conteúdo religioso estabelecidas pela lei local, como são os impedimentos de ordem, voto e diferença de religião, ou também abrangerá o caso de o indivíduo não professar religião alguma?

Entendemos que a fórmula também abrange êste último caso. A fórmula compreende, sem dúvida alguma, o caso de *disparitas cultus* e, por igualdade de motivos, se não por maioria de razão, deve compreender a hipótese de os nubentes não professarem religião alguma. Não ser religioso, ou seguir uma religião diferente daquela que serve de base à forma matrimonial, são factos que obstam de modo igual a que o indivíduo possa casar-se segundo esta forma matrimonial.

As condições de validade do casamento diplomático ou consular de necessidade são as mesmas que as do casamento de utilidade, exceptuada, naturalmente, a que apresentamos sob o n.° 3.° (1).

Determinadas as condições de realização dos casamentos diplomáticos e consulares, estudemos o valor dêsses casamentos — α) quanto ao Estado a que pertencer a legação ou o consulado; β) quanto ao Estado de celebração; γ) e quanto a terceiros Estados.

α) O casamento diplomático ou consular — permitido pela legislação do Estado a que pertence a legação ou o consulado, celebrado na forma estabelecida nesta legislação, realizado entre pessoas nenhuma das quais seja nacional do Estado da celebração, e consentido por êste Estado, ou mesmo não consentido pelo mesmo Estado quando seja contrário às

(1) Supra, pág. 406.

suas leis em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa — é *formalmente* válido no país a que pertencer a legação ou o consulado.

Faltando alguma das condições apontadas, o casamento é nulo nesse Estado.

A nulidade deixará, porém, de dar-se, ainda havendo oposição do Estado local, nos casos em que êste Estado pode opor-se, se o Estado a que pertencer a legação ou o consulado usar da faculdade, que lhe é concedida pelo artigo 7.°, de considerar válido o casamento nulo quanto à forma no país da celebração, por êste país se opor ao mesmo casamento. Adiante procuraremos determinar em que casos os Estados signatários usarão daquela faculdade.

β) No Estado de celebração, o casamento consular ou diplomático será válido, e só o será, quando se verifiquem todas as condições estabelecidas pela alínea 1.ª do artigo 6.° e, designadamente, quando o mesmo Estado se não oponha ao casamento, se se tratar de casos em que a sua oposição possa ter lugar. A validade formal do casamento diplomático e consular depende da realização de tais condições, em nada se modifica a necessidade das mesmas condições quanto ao Estado local e, por isso, o casamento será nulo quando elas não sejam cumpridas.

γ) Em terceiros Estados, a validade formal do casamento diplomático e consular ainda depende, em princípio, das mesmas condições. Preenchidas estas, o casamento será válido *em toda a parte* e, por isso, tanto no Estado a que pertence a legação ou consulado, como no Estado de celebração, como ainda em terceiros Estados.

Relativamente a estes, estabelece, contudo, a convenção duas restrições àquela doutrina. São as restrições constantes da alínea 2.ª do artigo 6.° e do artigo 7.°.

A alínea 2.ª do artigo 6.° aplica aos casamentos diplomáticos e consulares a alínea 2.ª do artigo 5.° e, por isso, aqueles países cuja legislação exigir uma celebração religiosa poderão deixar de reconhecer como válidos os casamentos diplomáticos e consulares contraídos pelos seus nacionais.

Pelo artigo 7.°, se um casamento diplomático ou consular é nulo quanto à forma no Estado da celebração, por se haver realizado apesar da oposição dêsse Estado, nos casos

em que a oposição pode dar-se, tal casamento pode ser considerado válido pelos outros Estados, se tiver sido observada a forma prescrita pela lei nacional de cada uma das partes.

323—A comissão de 1900 incluiu no seu projecto um artigo nôvo quanto à forma do casamento, que se converteu integralmente no

«Artigo 7.º *O casamento, nulo quanto à forma no país onde tiver sido celebrado, poderá contudo ser reconhecido como válido nos demais países, se tiver sido observada a forma prescrita pela lei nacional de cada uma das partes.*

A convenção, admitindo na alínea 1.ª do artigo 5.º o princípio *locus regit actum*, não lhe quis dar carácter meramente facultativo, de modo a ser formalmente válido o casamento celebrado tanto segundo a forma da lei do lugar da celebração como segundo a lei nacional dos esposos, preceituando, ao contrário, que a validade formal do casamento depende da observância da lei do lugar da celebração, e dando, portanto, àquele princípio carácter obrigatório.

Contudo, também a convenção não sancionou a obrigatoriedade do princípio em todo o seu rigor lógico, de modo ao casamento ser sempre válido, e só o ser, quando celebrado na forma estabelecida pela lei do lugar da celebração.

Duas limitações modificam, com efeito, a obrigatoriedade do princípio.

A primeira, que já conhecemos, encontra-se na alínea 2.ª do artigo 5.º, pela qual o casamento válido segundo a lei do lugar da celebração pode ser considerado nulo pelo Estado a que pertençam os cônjuges, quando êsse Estado exija uma celebração religiosa e tal exigência não tenha sido observada.

A segunda aparece no artigo 7.º, pelo qual—*o casamento, nulo quanto à forma no país onde tiver sido celebrado, poderá, contudo, ser reconhecido como válido nos demais países, se tiver sido observada a forma prescrita pela lei nacional de cada uma das partes.*

Esta disposição visa, segundo o relatório da comissão de 1900, dois casos de nulidade formal do casamento no Estado da celebração: 1.º) a celebração religiosa do casamento num país de casamento civil obrigatório; 2.º) a celebração do casamento diplomático ou consular num Estado que se opõe à sua celebração. Em qualquer dos casos, o casamento, nulo no Estado da celebração, pode ser considerado válido nos demais Estados, desde que se observe a forma prescrita na lei nacional de cada um dos cônjuges (1).

Para que um casamento, formalmente nulo no Estado da celebração, possa ser considerado válido nos demais Estados, é necessário que tenha sido observada a *forma prescrita pela lei nacional* de cada uma das partes.

Qual o verdadeiro significado da fórmula—*forma prescrita pela lei nacional?* Tratar-se há da forma matrimonial tal como ela é estabelecida na lei nacional, ou antes, tratar-se-há da forma matrimonial que a lei nacional exija para a validade do casamento celebrado em país estranjeiro? Isto é, a fórmula—*lei nacional*—referir-se há à lei nacional nas suas disposições de direito interno ou nas suas disposições de direito internacional privado?

Parece-nos que a fórmula—*lei nacional*—se refere à lei nacional nas suas disposições de direito internacional privado. E, por isso, julgamos que o casamento nulo quanto à forma no Estado da celebração só pode ser considerado como válido nos outros Estados, se tiver sido observada a *forma matrimonial considerada legítima* pela lei nacional de cada uma das partes.

Como já acima dissemos, embora a conferência de 1900, rejeitando em princípio a teoria da devolução, aceitasse implìcitamente a regra de que a convenção se deve entender no sentido de que, quando se refere à lei de determinado país, se refere a essa lei nas suas disposições de direito interno, deverá a mesma convenção interpretar-se como referindo-se às normas de direito internacional privado sempre que das suas disposições ou dos trabalhos preparatórios resulte essa interpretação, ou quando não tenha sentido senão assim interpretada.

(1) *Actes*, III, pág. 178.

Ora parece-nos que os trabalhos preparatórios e o texto da convenção exigem que a fórmula — *lei nacional* — do artigo 7.° seja entendida como referindo-se à disposição da lei nacional que prescreve certa forma matrimonial para os casamentos celebrados em país estranjeiro.

Em verdade, a comissão de 1900 afirma que o artigo 7.° visa uma situação inversa da prevista na alínea 3.ª do artigo 5.°, segundo a qual devem ser respeitadas as prescrições da lei nacional em matéria de publicações, e é certo, como já verificamos (1), que aquela alínea do artigo 5.° se refere às disposições da lei nacional que exigem a publicação dos casamentos celebrados em país estranjeiro e não àquelas que exigem a publicação dos casamentos celebrados no país. Sendo assim, parece natural que a fórmula — *lei nacional* — tenha o mesmo significado nos dois lugares da convenção.

Demais, parece evidente que, tornando o artigo 7.° a validade do casamento fora do Estado da celebração dependente de se ter observada a forma matrimonial prescrita pela lei nacional de *cada uma* das partes, não pode referir-se à forma matrimonial na sua *organização legal*, mas sim ao carácter religioso ou diplomático e consular que a forma matrimonial pode revestir quando o casamento seja celebrado em país estranjeiro.

Mas, se o casamento pode ser considerado válido quando celebrado em harmonia com a forma considerada legítima pela lei nacional para a realização do casamento em país estranjeiro, quando usarão o Estado de origem e terceiros Estados da faculdade concedida pelo artigo 7.°?

Consideraremos separadamente a hipótese de casamento religioso e a hipótese de casamentos diplomáticos e consulares:

1.°) *Casamento religioso.* Esta hipótese, como a de casamentos diplomáticos e consulares, deve estudar-se relativamente ao Estado de origem dos cônjuges e em relação a terceiros Estados.

Quanto ao Estado de origem, a solução é extremamente simples. Interpretado o artigo 7.° como referindo-se à lei nacional nas suas disposições de conflitos, é evidente que, se

(1) Supra, n.° 321.

aquela lei permite a celebração do casamento religioso em país estranjeiro e a convenção reconhece o direito de considerar o casamento válido, embora celebrado num país de casamento civil obrigatório, aquele Estado o considerará válido.

Quanto a terceiros Estados, entende Buzzati (1) que a validade ou nulidade do casamento deve depender de êsses Estados considerarem facultativa ou obrigatória a forma matrimonial do Estado de celebração para a realização do casamento dos seus nacionais em país estranjeiro.

Consideramos esta doutrina verdadeira. Desde que a convenção dá a terceiros Estados a faculdade de considerarem o casamento válido, sempre que seja observada a forma prescrita pela lei nacional de cada uma das partes, não têm êsses Estados outro critério jurídico, para se decidirem pela validade ou pela nulidade, senão o que resulta da aplicação do seu próprio direito acêrca do valor do princípio *locus regit actum* relativamente aos casamentos dos seus nacionais em país estranjeiro. Se o princípio for facultativo, considerarão o casamento válido, pois resulta do seu direito a validade permitida pela convenção. Se o princípio for obrigatório, a validade permitida pela convenção seria contrária ao seu direito e, portanto, decidir-se hão pela nulidade.

2.°) *Casamentos diplomáticos e consulares.* Estes casamentos serão nulos quanto à forma no Estado da celebração se se realizarem com a oposição dêste Estado.

Contudo, se tiver sido observada a forma prescrita pela lei nacional de cada uma das partes, poderá o casamento ser considerado válido pelos outros Estados.

Em face da interpretação que demos à fórmula — *lei nacional* — do artigo 7.°, significa a mesma fórmula, quanto aos casamentos diplomáticos e consulares, que estes casamentos sejam permitidos pela lei do país a que pertence cada uma das partes.

Assente êste princípio geral, verifiquemos qual o valor do casamento no Estado do agente, e em terceiros Estados.

No Estado do agente, quer os cônjuges sejam ambos seus nacionais, quer o seja só um deles, o casamento será sempre

(1) Ob. cit., lugar citado.

válido, desde que a lei dêsse Estado permita o casamento. Se a lei do agente permite o casamento e a convenção reconhece a sua validade, apesar da oposição do Estado local, é lógico que o Estado do agente se decida pela validade do casamento.

Quanto a terceiros Estados, é mais difícil a solução. Parece-nos, porém, seguindo Kahn (1), que os terceiros Estados deverão inclinar-se para a solução do Estado do agente ou para a solução do Estado da celebração, considerando assim o casamento válido ou nulo, consoante o seu direito matrimonial diplomático for mais análogo ao do primeiro ou ao do segundo Estado, pois se êles podem considerar válido ou nulo um casamento que é nulo no Estado da celebração, por êste Estado se opor a tal casamento, não vemos que tenham outra razão de decidir senão a que resulta do seu próprio direito matrimonial diplomático ou consular. Se pelo seu direito o casamento for válido, êsses Estados decidir-se hão, por certo, pela validade permitida pela convenção. Se, pelo mesmo direito, o casamento for nulo, pela nulidade se resolverão, em face do artigo 7.° da convenção. É a solução semelhante à que seguimos quanto ao casamento religioso, não vendo razão para adoptar outra doutrina.

324 — Não se encontra na convenção qualquer preceito que defina o regime jurídico internacional das sanções que acompanham as condições de validade do casamento, designadamente da nulidade e anulabilidade do mesmo casamento. A razão é simples e foi dita pelas comissões das conferências de 1894 e 1900. Está a razão em que aquelas sanções são reguladas pela mesma lei que é competente para regular as condições de validade do casamento (2). E é inteiramente lógico que assim seja, pois a *sanção* é o complemento do *preceito* de uma lei e, por isso, se uma lei é competente para estabelecer o preceito, competente deve ser também para estabelecer a sua sanção.

Firmado êste princípio, é, em geral, simples determinar a lei reguladora das sanções das condições de validade do casamento, tanto a respeito da validade intrínseca como a respeito da validade formal.

Tratando-se da validade intrínseca, será competente a lei nacional de cada um dos cônjuges ou a lei indicada pela lei nacional, nos termos do artigo 1.° da convenção; e, tratando-se da validade formal, será competente a lei do lugar da celebração ou a lei do país do agente diplomático ou consular que celebrar o casamento, em harmonia com os artigos 5.° e 6.° da convenção.

Estes princípios sofrem, porém, algumas *modificações*, e não deixam de dar lugar a algumas dificuldades de aplicação.

a) *Modificações.* A *lei normal dos impedimentos* e a *lei normal da forma* do casamento podem deixar de ser as *únicas leis* aplicadas para determinar as sanções, assim como *podem deixar de ser aplicadas*, dentro de certos limites, as sanções por elas estabelecidas.

Para disso nos certificarmos, basta atentar nos artigos 2.°, 3.°, 5.°, alíneas 2.ª e 3.ª, 6.° e 7.° da convenção, os quais modificam a aplicação da lei normalmente competente para regular a validade intrínseca ou a validade formal do casamento, substituindo-lhe outra lei para êsse efeito, e, portanto, para determinar as sanções que acompanham a infracção dos preceitos que determinam as condições da validade intrínseca ou da validade formal, dando-se até um caso, o da alínea 2.ª do artigo 2.°, em que a convenção formulou ela própria a sanção, substituindo-se às leis internas dos Estados contratantes.

Mas todos os casos de modificação da lei normalmente competente para regular os impedimentos ou a forma do casamento foram por nós estudados a propósito dos referidos preceitos da convenção, bastando remeter o leitor para os lugares em que fizemos êsse estudo (1), acrescentando apenas que, quando a lei normalmente competente for substituída por outra lei para regular as condições de validade do casamento, a lei de substituïção será a lei competente para regular as respectivas sanções e que, quando a convenção estabelecer, por si, a sanção do preceito de uma lei interna, é essa a única sanção a observar.

(1) Citado por Buzzati, ob. cit., pág. 361.
(2) *Actes*, II, pág. 81, e III, pág. 179.

(1) Supra, pág. 375, 380, 382, 399.

b). *Dificuldades de aplicação.* O princípio de que a lei do preceito é a lei da sanção, dá lugar a algumas dificuldades derivadas da natureza das sanções estabelecidas pelos preceitos de lei que determinam os impedimentos. A sanção da infracção da lei reguladora da validade intrínseca ou formal do casamento pode ser uma *nulidade* ou uma *anulabilidade* (Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 11.º e 13.º), que é a forma de sanção mais freqüente, mas pode ser também: ou uma *pêna criminal,* a pêna de multa (Decreto cit., artigo 54.º, 55.º e 56.º); ou uma *pêna civil,* como é, segundo a nossa lei, quer a *imposição de determinado regime de bens* (Decreto cit., artigo 53.º a 56.º), quer a *privação do direito de pedir a administração dos bens do cônjuge impedido,* durante a menoridade ou a interdição (Decreto cit., artigo 51.º e 52.º), quer a *incapacidade de receber doações ou deixas* do outro cônjuge (Decreto cit., artigo 55.º).

Se a sanção é uma nulidade ou uma anulabilidade, não há dificuldade. O tribunal que tiver de apreciar a validade do casamento, poderá, sem dúvida, anulá-lo, se se derem as condições para isso necessárias, segundo a lei competente nos termos da convenção, quer essa lei seja nacional, quer seja estranjeira. Nenhum embaraço pode aparecer ao reconhecimento de *efeito internacional* à lei competente, segundo a convenção, para regular a validade intrínseca ou formal do casamento.

Se a sanção for uma *multa,* ainda não haverá dificuldade, se a sua imposição for pedida no país cuja lei for violada. É função normal dos tribunais aplicar as leis do seu próprio país.

Dificuldade aparece, porém, quando a lei violada for uma lei estranjeira. Nasce essa dificuldade do princípio da *territorialidade das leis penais,* segundo o qual os tribunais de um país não podem aplicar as leis penais estranjeiras. Em face de tal princípio, tem que pensar-se ou que a convenção quis dar efeito exterritorial a uma sanção de carácter penal, ou que os tribunais dos Estados contratantes poderão aplicar as sanções da sua lei correspondentes às sanções da lei estranjeira violada, ou que, sob tal ponto de vista, a lei violada fica sem sanção.

A primeira solução é tão contrária a tudo que está estabelecido em matéria de direito penal internacional, que, sem preceito expresso, não poderá considerar-se aceita por uma convenção sôbre direito internacional privado. Á segunda solução, não só obsta o mesmo princípio da territorialidade das leis penais, mas também a razão de lógica jurídica que se opõe à incoerência de sancionar a violação da lei de um país com a sanção estabelecida pela lei de outro país. Resta assim a terceira solução. As sanções penais sòmente poderão tornar-se efectivas no país cuja lei for violada (1).

A pêna civil da *imposição de um certo regime matrimonial* pode ter efeito exterritorial, como o podem ter, em geral, as leis civis, e, por isso, parece-nos que semelhante sanção poderá ser aplicada exterritorialmente quando estabelecida pela lei competente para reger o respectivo impedimento, embora segundo os princípios gerais de direito internacional outro devesse ser o regime de bens dos cônjuges. Só assim poderá tornar-se efectivo o preceito de que os impedimentos matrimoniais podem ser regidos pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges.

O mesmo deverá dizer-se da pêna civil de *privação do direito de exigir a entrega da administração dos bens* do cônjuge incapaz. É um efeito civil do impedimento a cujo reconhecimento exterritorial nada se opõe.

E a pêna constituída pela *incapacidade de receber doações ou deixas* do outro cônjuge?

Trata-se de uma incapacidade de gôzo do direito de ser donatário ou herdeiro. As incapacidades dêste género são reguladas pela lei nacional do doador ou do autor da herança e, por isso, a incapacidade sòmente poderá tornar-se efectiva quando a lei do impedimento que a determinar coincidir com a lei nacional do doador ou do *de cujus.*

325—A determinação precisa da esfera de aplicação da convenção relaciona-se com o *lugar* da celebração do casamento, com a *nacionalidade* das pessoas dos contraentes, com a *lei a aplicar,* e com o *tempo* da celebração do casamento.

(1) Vide Travers, ob. cit., t, n.º 286.

Os três primeiros *elementos* foram considerados pela convenção nos artigos 8.º e 9.º, cuja letra é:

Artigo 8.º *A presente convenção não se aplica senão aos casamentos celebrados no território dos Estados contratantes entre pessoas das quais uma, pelo menos, seja nacional de um dêsses Estados.*

Nenhum Estado se obriga, pela presente convenção, a aplicar lei que não seja a de um Estado contratante.

Artigo 9.º *A presente convenção, aplicável sòmente aos territórios europeus dos Estados contratantes, será ratificada e as respectivas ratificações depositadas na Haia, logo que a maioria das Altas Partes contratantes para tanto se achem habilitadas.*

Dêsse depósito será lavrada acta, de que, pela via diplomática, será entregue a cada um dos Estados contratantes uma cópia autêntica.

A simples leitura dêstes preceitos mostra que a esfera de aplicação da convenção, como esta a definiu, se determina segundo um tríplice critério: 1.º) lugar da celebração do casamento; 2.º) nacionalidade dos esposos; 3.º) lei a aplicar. A estes três critérios importa, porém, acrescentar mais um: 4.º) momento da celebração do casamento.

1.º) *A convenção só se aplica no território europeu dos Estados contratantes.* A comissão de 1900 afirma que se acordou fàcilmente em limitar a convenção aos casamentos celebrados no território europeu dos Estados contratantes (1), mas não diz o motivo por que tão depressa se chegou a êsse acôrdo, e era desejável que o dissesse, pois não se vê bem por que a convenção não havia de aplicar-se, quando isso fôsse possível, aos casamentos de súbditos dos Estados contratantes celebrados fora do território europeu dos mesmos Estados.

2.º) *A convenção só se aplica aos casamentos entre pessoas das quais uma, pelo menos, seja nacional de um Estado contratante.* Das três soluções consideradas pela

(1) *Actes*, III, pág. 178.

comissão de 1900 — aplicar a convenção a *todos* os casamentos celebrados no território dos Estados contratantes, independentemente da nacionalidade dos contraentes, ou aplicá-la *só* quando *ambos* os contraentes fôssem nacionais dêsses Estados, ou aplicá-la sempre que *um* dos contraentes pertencesse a algum dêsses Estados — optou a conferência pela última sòlução, afastando a primeira, pela razão de os Estados celebrarem tratados para os seus nacionais e não para os súbditos de outros Estados, e afastando a segunda por ser de interesse dos Estados contratantes que ao casamento de um seu nacional com um não nacional se aplique a convenção, a qual formulou regras consideradas boas na matéria e cuja observância garante a validade do casamento nos mesmos Estados contratantes.

Desde que, portanto, uma das partes seja nacional de algum dos Estados contratantes, aplicam-se os princípios da convenção para regular as condições de validade intrínseca ou extrínseca do casamento.

A aplicação do critério levanta, porém, uma dificuldade. Consiste em saber se a convenção se aplica mesmo quando o casamento seja celebrado entre um nacional do Estado da celebração do casamento e um nacional de um Estado não contratante, estando a razão da dúvida no facto de, em tal hipótese, o casamento não interessar directamente, pelo menos, *dois Estados* contratantes, e de os tratados terem por fim regular as relações entre dois ou mais Estados.

Entendemos que a convenção não deve aplicar-se nessa hipótese. A razão é simples. Desde que a conferência pôs de parte o mero critério geográfico de o casamento ser celebrado no território de um dos Estados contratantes, pela consideração de que estes contratavam tendo em vista os seus nacionais, é indispensável que, no momento do casamento, apareçam interessados dois dos mesmos Estados, sendo exigência mínima dessa associação que, no território de um Estado contratante, case um súbdito de outro Estado contratante (1).

A aplicação da convenção aos casamentos *mixtos* tem, porém, a limitação constante da seguinte regra:

(1) Vide Niboyet, em *Sirey*, *Jurisprudence des cours d'appel*, 1921, pág. 9.

3.º) *Nenhum dos Estados contratantes se obriga, pela convenção, a aplicar uma lei que não seja de um Estado contratante* (convenção, artigo 8.º, alínea 2.ª).

A convenção pode conduzir a aplicar em dois casos a lei de um Estado não contratante.

O primeiro caso resulta da regra de devolução formulada pelo artigo 1.º. Desde que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional ou pela lei a que a lei nacional se refira, basta que esteja domiciliado num Estado não contratante um súbdito de um Estado contratante que mande regular o direito de contrair casamento pela lei do domicílio, para ser aplicável a lei de um Estado não contratante.

O segundo dá-se por virtude da alínea 1.ª do artigo 8.º. Se a convenção se aplica aos casamentos entre nacionais e não nacionais dos Estados contratantes, e se, pelo artigo 1.º, a lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento é a lei nacional dos futuros cônjuges, a consequência será que, ainda por êste lado, a convenção conduzirá à aplicação das leis de Estados não contratantes.

Mas se os Estados contratantes se reservaram o direito de não aplicar uma *lei* que não seja de um Estado contratante, qual o significado da palavra *lei* e qual o uso que os mesmos Estados farão da faculdade que se reservaram?

Na convenção, a palavra lei significa, como vimos, *lei interna* e *regra de conflitos*. Qual será pois, o seu significado no artigo 8.º?

Parece-nos que os Estados apenas se reservaram a faculdade de não aplicar as leis de direito interno.

É o que resulta da expressa declaração da comissão de 1900 e da razão determinante da alínea 2.ª do artigo 8.º.

Ao justificar esta alínea, disse a comissão: «É quási desnecessário notar que a *lei aplicável* de que acabamos de falar é a lei relativa às *qualidades e condições* para contrair casamento, e não a lei que regula os conflitos de leis» (1).

Esta interpretação é confirmada pela razão que determinou a reserva da alínea 2.ª do artigo 8.º, que foi os Estados signatários não se quererem sujeitar a admitir como *lei reguladora* do casamento uma lei de um Estado não contratante,

(1) *Actes*, III, pág. 179.

pois que as normas de conflitos *não regulam*, mas indicam a *lei reguladora* das relações jurídicas.

Demais, a aplicação das normas de conflitos de um Estado não contratante pode conduzir à aplicação da lei de um Estado contratante, o que acontecerá sempre que a regra de conflitos remeta para a lei do domicílio ou para a lei do lugar da celebração e o interessado esteja domiciliado ou o casamento se realize num dos Estados contratantes, e não é de presumir que êstes Estados não quisessem aplicar a convenção em casos em que as disposições convencionais levam à aplicação das suas leis.

Admitida esta interpretação, segue-se verificar em que termos os Estados signatários usarão da faculdade de não aplicar a lei interna de Estados não contratantes reguladora do direito de contrair casamento.

A Suécia e a Suíça já declararam a sua conduta.

A lei suéca de 1904 aplicou os princípios da convenção a todos os estranjeiros e, portanto, não há que distinguir nesse país entre Estados contratantes e não contratantes, quanto à aplicação da lei reguladora do direito de contrair casamento. É, porém, de notar que a lei sueca, regulando especificadamente a matéria de nulidades do casamento, determinou (capítulo II, artigo 1.º) que o casamento de estranjeiros só poderá ser anulado em harmonia com leis estranjeiras quando o rei ordenar que tais leis podem ser aplicadas na Suécia, ou quando houver também motivo de nulidade segundo a lei sueca, declarando o decreto de 8 de julho de 1904 que serão aplicáveis na Suécia, quanto a nulidades do casamento, as leis da Alemanha, Áustria, Dinamarca, Bélgica, França, Gran-Bretanha, Espanha, Hungria, Noruega, Rússia, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Ruménia e Suíça, vigentes nos territórios da Europa. Por isso, em matéria de nulidades, só serão respeitadas na Suécia, além das leis dos Estados contratantes, as leis dos Estados indicados (1).

Na já conhecida circular de 1905, o conselho federal suíço declarou aos governos cantonais que a convenção se não aplica senão aos cidadãos dos Estados contratantes, o

(1) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 52.

que, em face dos actuais Estados signatários, equivale a declarar que a Suíça não aplicará senão as leis dos Estados contratantes e significa que o govêrno daquele país entendeu a alínea 2.ª do artigo 8.º no sentido de que os Estados se reservaram a faculdade de não aplicar tanto as leis internas como as normas de conflitos de Estados não contratantes, pois a convenção não se aplicará a súbditos de Estados não contratantes, ainda que as leis dêstes Estados remetam para a lei de um Estado contratante, o que parece exagerado e contrário à verdadeira inteligência da convenção.

Dos demais Estados contratantes, não conhecemos qualquer declaração.

Como deverá, pois, interpretar-se o silêncio dos Estados signatários acêrca do uso de tal faculdade?

A resposta parece-nos resultar com clareza da alínea 1.ª do artigo 8.º, e do modo como a comissão de 1900 justificou a alínea 2.ª do mesmo artigo.

Pela alínea 1.ª, a convenção aplica-se aos casamentos mixtos e, por isso, em princípio, os Estados signatários reconheceram como competente para regular o direito de contrair casamento do nubente nacional de um Estado não contratante ou a sua lei nacional ou a lei a que a lei nacional se referir e, por isso, o silêncio dos Estados signatários não pode ser interpretado senão como significando que, de um modo geral, a lei reguladora do direito de contrair casamento por parte dos não nacionais de Estados contratantes é a lei competente segundo a convenção.

Mas a lei de um Estado não contratante podia ser a lei de um país de civilização muito diferente da dos Estados contratantes e, por tal motivo, diz a comissão de 1900: «o artigo 8.º, alínea 2.ª, declara que nenhum Estado contratante se obriga a aplicar uma lei que não seja a de um Estado contratante e, relativamente a tal lei, readquire cada Estado a sua liberdade de apreciação e de decisão» (1). A alínea 2.ª do artigo 8.º explica-se, pois, pela diferença de civilização que pode haver entre os Estados contratantes e não contratantes, e tem por destino dar aos Estados contratantes a liberdade de afastar as leis que repugnem ao seu estádio de civilização.

(1) *Actes*, III, pág. 279.

Sendo assim, os Estados contratantes deverão aplicar ou deixar de aplicar as leis dos Estados não contratantes segundo o critério geral da ordem pública, como meio de restringir a aplicabilidade das leis estranjeiras e afastar as que repugnem aos princípios fundamentais da sua civilização (1).

4.º) *A convenção aplica-se a todos os casamentos celebrados entre a sua entrada em vigor e a efectivação da sua denúncia.* A convenção guardou silêncio sôbre a influência do momento da celebração do casamento sôbre a aplicação dos seus preceitos. Como, porém, nota Travers (2), o princípio a estabelecer é muito simples, consistindo na doutrina que acima enunciamos.

A convenção determina a lei aplicável à constituïção do *estado de cônjuge*, não podendo, evidentemente, abranger os casamentos celebrados antes da sua entrada em vigor, pela razão simples de que as leis que regulam a constituïção de um estado, não podem aplicar-se retroactivamente a um estado já constituído, e a retroactividade da convenção teria como efeito a retroactividade das leis a que ela deu competência (3).

Mas os casamentos celebrados durante a sua vigência deve a convenção regê-los mesmo depois de denunciada e depois da sua denúncia se tornar efectiva. A razão também é simples. Assinando e rectificando a convenção, os Estados contratantes reconheceram a competência das leis por ela indicadas para reger a constituïção do estado de cônjuge, e daí deriva a conseqüência irrecusável de que êles devem considerar como legìtimamente constituído o estado que se constituiu na vigência da convenção segundo aquelas leis, e como não legìtimamente constituído o estado de cônjuge em relação ao qual as mesmas leis não foram respeitadas. Se outras leis se aplicassem, dar-se-lhes-ia efeito retroactivo, o que seria contra os princípios gerais de direito (4).

(1) Vide *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 43.º, n.º 1850, pág. 386.
(2) Ob. cit., I, n.º 38.
(3) L. I, n.ºs 162 a 164.
(4) O leitor que desejar um estudo desenvolvido da convenção, pode ver: Buzzati, *Trattato di diritto internazionale privato secondo le convenzioni dell'Aja*, vol. I, Milano, e a tradução francesa da mesma obra, por Francis Rey, Paris, 1911; Travers, *La convention de la Haye relative au mariage*, Paris, 1912.

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 326 — Esponsais. Direito comparado e direito aplicável. 327 — Sistemas doutrinais e legislativos sôbre o regime jurídico internacional da validade intrinseca do casamento. 328 — Evolução da legislação portuguesa acêrca das condições de validade do casamento. 329 — Lei reguladora das condições de validade intrinseca do casamento. I — Casamento de portugueses em país estranjeiro. 330 — II — Casamento de estranjeiros em Portugal. 331 — Prova da capacidade matrimonial dos portugueses que casem em país estranjeiro e dos estranjeiros que casem em Portugal perante as autoridades locais. 332 — Regime da forma do casamento. I — Casamento de portugueses em país estranjeiro celebrado perante as autoridades locais. 333 — II — Casamento de estranjeiros em Portugal perante as autoridades portuguesas. 334 — Casamentos diplomáticos e consulares dos portugueses em país estranjeiro. 335 — Casamentos diplomáticos e consulares dos estranjeiros em Portugal. 336 — Prova dos casamentos celebrados em país estranjeiro e perante agentes diplomáticos ou cônsules estranjeiros. 337 — Transcrição em Portugal dos casamentos de portugueses celebrados em país estranjeiro ou perante cônsules estranjeiros. 338 — Anulação do casamento. Casamento putativo: direito comparado e direito aplicável. 339 — Conflitos de jurisdições em matéria de condições de validade do casamento.

326 — O estudo das relações jurídicas entre os cônjuges deve ser precedido de algumas observações preliminares acêrca do regime jurídico internacional dos *esponsais*, pela razão simples de que os *esponsais consistem na promessa de um futuro casamento* (1). E, para bem se compreender aquele regime, faremos algumas indicações de direito comparado, as quais nos mostrarão como podem aparecer conflitos de leis nesta matéria.

a) *Direito comparado*. Compararemos as legislações sob o ponto de vista da *permissão* e dos *efeitos* dos esponsais.

Sob êste ponto de vista, pode dizer-se que as legislações seguem três sistemas: *primeiro* — permissão dos esponsais,

(1) Vide Roguin, *Traité de droit civil comparé, Le Mariage*, pág. 25.

com o efeito de obrigar a contrair o casamento prometido; *segundo* — permissão dos esponsais, mas apenas com o efeito de exigir daquele dos esposados que falte à sua promessa a *indemnização* do prejuízo causado ao outro esposado e a restituïção dos presentes recebidos; *terceiro* — não reconhecimento dos esponsais, embora com o reconhecimento do direito de exigir os presentes dados e a indemnização das despesas feitas por virtude da promessa de casamento.

O primeiro sistema, que era o sistema do direito canónico anterior ao concílio de Trento (1) e que era, até certo ponto, o sistema do nosso antigo direito, por isso que dos esponsais resultava o direito de exigir a celebração do casamento dentro do prazo estipulado ou do que fôsse marcado pelo juiz (2), ainda hoje é o sistema do direito suéco (3).

O segundo sistema é adoptado por muitas legislações, entre as quais citaremos os códigos civis italiano (artigos 53.° e 54.°), alemão (artigos 1297.° a 1302.°) e suíço (artigos 90.° a 95.°), sendo característico o que dispõe êste último código: «Os esponsais formam-se pela promessa de casamento (art. 90.°); a lei não concede acção para obrigar a casar o esposado que a isso se recusar, nem podendo ser exigido o cumprimento da pêna convencionada para o caso de recusa (artigo 91.°); no caso de rompimento sem motivos justos ou por um facto imputável à outra parte, o noivo culpado deve ao outro, a seus pais ou a outras pessoas a indemnização das despesas feitas de boa fé tendo em vista o casamento (artigo 92.°); no caso de rompimento, fora da hipótese de morte, os esposados podem exigir os presentes dados (artigo 94.°).

O terceiro sistema é seguido pelas legislações que, como a francesa ou a brasileira, nenhuma referência fazem aos esponsais, ou que, como a nossa, declaram nulos os contratos de esponsais.

O preceito da nossa lei lia-se no artigo 1067.° do Código civil, hoje reproduzido no artigo 24.° do decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, que é do teor seguinte: «O consenti-

(1) Roguin, ob. cit., pág. 32.
(2) Coelho da Rocha, *Instituïções*, § 209.
(3) Lehr, *Droit civil scandinave*, pág. 282.

mento dos contraentes para o casamento só pode prestar-se irrevogàvelmente no próprio acto da celebração dêle. São, portanto, nulos os contratos em que as partes se obrigam, para o futuro, debaixo do título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, a contrair casamento, quer haja quer não cláusulas penais. § único. A disposição dêste artigo não obsta, contudo, a que a pessoa que, sob promessa de casamento, recebeu nesse intuito quaisquer donativos ou autorizou alguma despesa, seja obrigada à restituïção daqueles, ou à indemnização desta se lhe for exigida».

Em França, apesar do silêncio da lei, tem entendido a jurisprudência que aquele que, *sem motivos sérios*, falta a uma promessa de casamento, deve indemnizar a outra parte das despesas que a obrigou a fazer em vista do casamento (1). E é de prever que a jurisprudência brasileira siga o mesmo caminho.

b) *Direito aplicável.* Dadas as divergências legislativas acêrca da admissão e do efeito dos esponsais, importa determinar qual a lei a aplicar para os regular.

Para resolver o problema, torna-se necessário determinar, por um lado, a natureza do contrato de esponsais e, por outro lado, a natureza das indemnizações ou restituïções permitidas pelas legislações que não reconhecem os esponsais, por aplicação do princípio fundamental de que a competência da lei depende da natureza da relação jurídica (2).

Quanto à natureza da relação jurídica estabelecida pelo contrato de esponsais, seguem os escritores duas opiniões, considerando-a uns, como Von Bar (3) e Meili (4), um *direito de família,* e considerando-a outros, como Roguin (5), uma simples *relação jurídica contratual.*

Em nosso entender, perante as legislações que admitem os esponsais, a relação jurídica que êles criam é um verdadeiro direito de família, pela consideração, que nos parece decisiva, de que a razão e o fim dos esponsais é o casamento, que é o acto de constituïção da família legítima.

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* I, n.º 789.
(2) L. I, n.º 120-III.
(3) Ob. cit., § 171.
(4) Ob. cit., § 71.
(5) Ob. cit., n.º 2.º

Sendo assim, não poderá duvidar-se de que, no conflito de duas legislações que, admitindo ambas os esponsais, divirjam, por exemplo, no *quantum* das indemnizações devidas, no caso de rompimento, a lei normalmente competente deve ser a lei pessoal dos cônjuges, como lei reguladora das relações de família. E, no caso de os cônjuges não terem a mesma lei pessoal, como ainda não há casamento e, portanto, razão nenhuma para sujeitar a mulher à lei do marido ou o marido à lei da mulher, deverão aplicar-se cumulativamente as duas leis, reconhecendo ao esposado *inocente* apenas o que permitirem concordemente as duas leis, como ensinam Von Bar (1) e Anzilotti (2).

Se o conflito se levantar, porém, entre uma lei estranjeira, que admita os esponsais, e a *lex fori* quando esta os não reconheça, como acontece com a lei portuguesa, importa resolver dois problemas: 1.º) valor a atribuir ao contrato de esponsais realizado em face da lei estranjeira; 2.º) regime das reparações devidas pelo rompimento dos esponsais.

1.º) Se qualquer legislação, como a nossa, declara nulos os contratos de esponsais, tem evidentemente por motivo determinante a defesa da livre vontade das pessoas quanto ao direito de contrair casamento e, por isso, não poderá ser reconhecido qualquer efeito do contrato que *directamente* restrinja a liberdade dos esposados, não podendo, por tal motivo, tornar-se efectivo o direito de o esposado *inocente* compelir o outro a contrair casamento. E o mesmo deverá dizer-se a respeito da exigência do cumprimento de qualquer *cláusula penal,* a qual representaria um *meio indirecto* de compelir a um casamento que se não quere realizar. Trata-se do respeito da liberdade individual, cujo regime é de interesse e ordem pública.

2.º) Ainda as legislações mais rigorosas, como a nossa, admitem, em maior ou menor grau, o direito a indemnização no caso de rompimento dos esponsais. Por que lei determinar, porém, estas indemnizações?

O direito a indemnizações não pode ser qualificado,

(1) Ob. cit., § cit.
(2) *Corso di lezioni,* pág. 221.

evidentemente, como um direito de família, pela clara razão de que o instituto dos esponsais não foi admitido como um preliminar do casamento, tendo de ser qualificado como um simples *direito de crédito*.

Por outro lado, como na resolução dos conflitos de qualificações, a qualificação a adoptar deve ser a da *lex fori* (1), segue-se que os tribunais portugueses terão de considerar o referido direito de indemnização como um direito de crédito.

Qual, porém, a lei reguladora dêste direito?

A lei reguladora do contrato de esponsais, não, porque êste contrato é declarado nulo e, portantó, sem eficácia jurídica.

Também não poderá considerar-se o rompimento dos esponsais, por si mesmo, um *facto ilícito*, para se aplicar a lei do lugar onde o facto for praticado, visto não ser, evidentemente, ilícito o não cumprimento de um contrato nulo.

Qual, pois, a solução a adoptar?

Se os dois ex-esposados, não sendo portugueses, forem da mesma nacionalidade, deverá aplicar-se a sua lei nacional comum. Embora se não trate, pròpriamente, de um direito de família, trata-se, em todo o caso, de um facto relacionado com a constituïção de um direito de família e, por isso, deverá aplicar-se a lei pessoal.

Se, porém, forem estranjeiros de diferente nacionalidade, poderá hesitar-se entre a aplicação cumulativa das duas leis, recebendo a *vítima* do rompimento aquilo que, sendo reconhecido pela sua lei, o seja também pela lei do *autor* do rompimento, solução que se basearia na dupla circunstância de se tratar de um facto atinente ao casamento, mas de ainda não haver casamento, e a aplicação da lei da vítima do rompimento, solução fundada em que, sendo a reparação o *meio de compensar*, em certo modo, a esperança de ver realizado o projectado casamento, a compensação deverá ser medida pela lei do esposado inocente no rompimento.

Inclinamo-nos para esta última solução, por nos parecer a mais justa e ter o mérito de evitar que, fiando-se na impunidade estabelecida pela sua própria lei, qualquer dos

(1) L. 1, n.º 152.

esposados rompa por êsse motivo a sua promessa de casamento.

Devemos, porém, notar que, em Portugal, nunca poderão, em nosso entender, decretar-se indemnizações superiores às estabelecidas pela lei portuguesa, pois consideramos de ordem pública internacional a lei que marca os limites dessas indemnizações. A razão é simples. O legislador declarou sem efeito o contrato de esponsais para que fôsse livre até ao fim a vontade de contrair casamento e, por isso, deve entender-se que a indemnização a que reconheceu direito, representa o *máximo* que é permitido exigir-se sem que a exigência constitua um meio indirecto de compelir ao casamento (1).

327 — Para bem compreender e apreciar o direito português na sua evolução e no seu modo de ser actual acêrca das condições de validade intrínseca do casamento, precederemos o seu estudo da indicação dos sistemas doutrinais e legislativos sôbre o assunto, os quais nos explicarão as transformações por que passou a nossa legislação nos últimos cinqüenta anos.

A análise na doutrina e no direito positivo do problema do regime jurídico internacional das condições de validade intrínseca do casamento revela-nos a existência de quatro sistemas na determinação dêsse regime: *a)* o sistema da *competência da lei do lugar da celebração; b)* o sistema da *competência da lei do domicílio; c)* o sistema da *competência da lei nacional; d)* e o sistema da *competência cumulativa da lei nacional e da lei do lugar da celebração.*

a) O sistema da competência da *lei do lugar da celebração*, que se relaciona històricamente com a tendência estatutária territorialista da doutrina de d'Argentré e da escola holandesa (2), foi o sistema por vezes consagrado pela jurisprudência francesa anterior ao Código Napoleão (3), foi o

(1) Vide: Von Bar, ob. cit., § 171.º; Meili, ob. cit., § 71.º; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 219; Jitta, *La substance des obligations en droit international privé*, II, pág. 381 e seg.

(2) Alexandre Orescu, *Le mariage en droit international privé*, Paris, 1908, pág. 130.

(3) Weiss, *Traité*, III, pág. 462.

sistema tradicional do direito inglês (1), ainda hoje é o sistema preponderante do direito norte-americano (2), assim como é o sistema do direito argentino (Código civil, artigo 159.°), do tratado de Montevideo sôbre direito civil (artigo 11.°) e, até certo ponto, o sistema do direito suíço, quanto aos suíços que se casem em país estranjeiro (3). Êste sistema representa, claramente, uma idea de subordinação exagerada do casamento à lei do lugar onde é celebrado.

b) O sistema da competência da *lei do domicílio*, que se relaciona històricamente com a doutrina estatutária italiana (4) e foi propugnado por Savigny (5), informava o direito alemão anteriormente ao código civil (6) e é hoje o sistema do direito inglês (7). Êste sistema é já um sistema *personalista*, emquanto submete a validade intrínseca do casamento à lei pessoal, tem, portanto, o mérito de emancipar o casamento da exclusiva influência da *lex loci*, mas apresenta ainda o defeito de considerar como lei pessoal a lei do domicílio, a qual deve, em nosso conceito, ceder o passo à lei nacional (8).

c) O sistema da competência da *lei nacional* é o sistema preponderante na doutrina, como bem o mostra a deliberação do Instituto de direito internacional, na sessão de Lausanne de 1888, onde adoptou a resolução de que, para contrair casamento, devem os futuros cônjuges satisfazer às condições estabelecidas pela sua lei nacional respectiva (9), e é também o sistema mais geralmente seguido pelas legislações. Sendo iniciado pelo código Napoleão de modo expresso, quanto aos franceses que se casassem em país estranjeiro, tornou-se sucessivamente o sistema do direito de muitos Estados, designadamente, do direito alemão, belga, brasileiro, espa-

(1) Orescu, ob. cit., pág. 130; Dreyfus, ob. cit., pág. 224, nota 2; Weiss, *Traité*, III, pág. 463.

(2) Orescu, ob. cit., pág. 132; Meili, ob. cit., pág. 224; Wharton, ob. cit., I, n.° 135 a.

(3) Como acima foi dito (Supra, n.° 312), o código civil suiço (Titulo final, artigo 59.°, alineas *c*) e *f*) considera válido o casamento de suiços em país estranjeiro, celebrado quer em harmonia com a lei do lugar da celebração quer em harmonia com a lei suiça.

(4) Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 224.

(5) Ob. cit., § 179.

(6) Orescu, ob. cit., pág. 142.

(7) Dicey, *Le statut personnel*, I, pág. 12 e 286, e *Conflit of laws*, pág. 613; Meili, ob. cit., pág. 224; Weiss, *Traité*, III, pág. 463.

(8) L. I, pág. 413 e seg.

(9) *Annuaire*, IX, pág. 126 e seg.

nhol, francês, holandês, húngaro, italiano (quanto aos italianos que se casem em país estranjeiro), japonês, luxemburguês, português, rumeno, sueco e suiço (quanto aos estranjeiros que casem na Suíça) (1). O predomínio do sistema na doutrina e no direito positivo é um claro sinal da sua superioridade scientífica, a qual deriva, incontestàvelmente, de êle ser o sistema que melhor corresponde à necessidade de coordenar a lei reguladora da constituïção do estado de cônjuge com as condições pessoais dos indivíduos em quem êle se constitui e com a estabilidade que deve ter a lei que rege as condições de existência da personalidade individual (2).

d) O sistema da *competência cumulativa da lei nacional e da lei do lugar da celebração* foi o sistema da lei federal suíça de 24 de dezembro de 1874, do decreto brasileiro n.° 181, de 24 de janeiro de 1890 (artigo 48.°) e do decreto português de 25 de dezembro de 1910 (artigo 62.°), e ainda hoje é o sistema do código civil italiano (artigo 102.°), quanto ao casamento de estranjeiros no Estado local. Semelhante sistema representa o exagêro de uma idea justa, qual é a de que a lei nacional competente para reger a validade intrínseca do casamento deve ser limitada na sua aplicação pelas leis locais de ordem pública internacional, pois é evidente que nem todos os impedimentos da lei do lugar da celebração se podem considerar de ordem pública internacional, para a todos se deverem submeter os estranjeiros que casem no Estado local. E a prova da inconsistência do sistema está em que êle já foi abandonado pela lei suíça, pela lei brasileira e pela lei portuguesa, persistindo apenas na lei italiana, que, neste ponto, é, justamente criticada.

Das considerações que ficam feitas, resulta que o sistema predominante é o que atribui competência à lei nacional.

Êste sistema não pretende, porém, que a lei nacional seja

(1) Vide: Códigos civis — alemão, lei de introdução, artigo 13.°, francês, belga e luxemburguês, artigo 3.° e 170.°, brasileiro, Introdução, artigo 8.°, espanhol, titulo prel., artigo 9.°, holandês, artigo 6.°, italiano, titulo prel., artigo 6.°, rumeno, artigo 2.°, suiço, titulo final, artigo 59.°, alinea 7 c; lei húngara XXXI de 1894, artigos 108.° e 110.°; lei japonesa, artigo 13.°; regulamento consular português, artigo 143.°; lei sueca de 8 de julho de 1904, capitulo I, §§ 1.° e 2.° Cont.: Orescu, ob. cit., pág. 162 e seg.; Dreyfus, ob. cit., pág. 230; Weiss, *Traité*, III, pág. 466.

(2) L. I, n.° 131.

aplicada em toda a sua extensão, considerando legítimo que possam limitar a sua aplicação as leis de ordem pública internacional do país da celebração do casamento.

Tal é o sistema da convenção da Haia, que estudámos e que representa, à parte pormenores de regulamentação, a mais perfeita organização do regime jurídico internacional da validade intrínseca do casamento.

328—O primeiro diploma que, em Portugal, regulou o regime jurídico internacional das condições de validade do casamento foi o Código civil.

Coerentemente com o princípio, estabelecido no art. 24.°, de que o estado e a capacidade dos portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro são regulados pela lei portuguesa, formulou nos artigos 1065.° e 1066.° as seguintes disposições: «Art. 1065.° O casamento contraído em país estranjeiro entre portugueses, não produz efeitos civis neste reino, não sendo contraído em conformidade da lei portuguesa; salvo o que se acha estabelecido na segunda parte do artigo 24.° quanto à forma externa do contrato». «Art. 1066.° O casamento contraído em país estranjeiro, entre português e estranjeira ou entre estranjeiro e portuguesa, produz efeitos civis neste reino, verificando-se, relativamente ao cônjuge português, as condições requeridas pela lei portuguesa». Era, assim, o código expresso quanto às condições de validade intrínseca do casamento celebrado em país estranjeiro, na hipótese de o casamento ser celebrado entre portugueses e, relativamente ao cônjuge português, na hipótese de casamento entre português e estranjeira ou entre estranjeiro e portuguesa.

Mas qual a lei reguladora das condições de validade intrínseca quanto a estranjeiros que casassem com portugueses no estranjeiro ou em Portugal, e quanto a estranjeiros que entre si casassem em Portugal?

Relativamente à capacidade matrimonial, isto é, à teoria dos impedimentos, devia ser a sua lei nacional, pois que a lei nacional é, segundo o artigo 27.° do Código civil, a lei geral da capacidade dos estranjeiros, e deve ser aplicada sempre que não haja disposição em contrário ou à sua aplicação não obstem as leis de interesse e ordem pública.

Relativamente às outras condições de validade intrínseca, ainda deveria aplicar-se a lei nacional, por analogia do disposto nos artigos 1065.° e 1066.° quanto a portugueses. Desde que o legislador sujeitava os portugueses à lei portuguesa, e nada dizia a respeito de estranjeiros, era legítimo concluir que não quis sujeitá-los à lei portuguesa, e que, por justa analogia, deviam considerar-se sujeitos à lei do seu país.

O decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, remodelando, em parte, o direito matrimonial português, revogou expressamente (artigo 72.°) os artigos 1065.° e 1066.° do Código civil e, ao mesmo tempo, estabeleceu as seguintes disposições acêrca do casamento de portugueses em país estranjeiro e acêrca do casamento de estranjeiros em Portugal:

«Artigo 58.° O casamento de portugueses no estranjeiro será regulado pelas disposições seguintes:

§ 1.° Se só um dos contraentes for português, o casamento poderá ser feito pela forma usada no país onde for celebrado.

§ 2.° Se ambos os contraentes forem portugueses, poderão casar, pela forma da lei nacional, perante o agente diplomático ou consular de Portugal, ou pela forma que legalmente for exigida no país onde for celebrado, se não contrariar os princípios do direito público português.

Artigo 62.° As disposições dêste decreto com fôrça de lei e do que regular o registo civil, relativas às causas de impedimento e às formalidades preliminares do casamento civil, serão aplicáveis aos casamentos de estranjeiros celebrados em Portugal».

Em face dêstes preceitos, parece-nos que a doutrina exacta era a seguinte:

a) As condições de validade intrínseca do casamento de portugueses celebrado em país estranjeiro eram reguladas pela lei do lugar da celebração, embora a eficácia do casamento estivesse subordinada às leis portuguesas de interesse e ordem pública. Por um lado, o decreto revogou expressamente os artigos 1065.° e 1066.° do Código civil, que regulava as condições de validade intrínseca do casamento de portugueses em país estranjeiro, e, por outro lado, estabelecendo o regime dêste casamento, apenas formulava, quanto às suas condições de validade, o preceito do artigo 58.°, donde

resultava lògicamente que a palavra *forma*, aí empregada, devia abranger tanto as condições de validade formal como as condições de validade intrínseca. E, demais, era esta a interpretação que no Brasil se dava ao artigo 47.º, § 2.º, do decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, donde as disposições do decreto português foram transcritas quási literalmente (1).

b) As condições de validade intrínseca do casamento de estranjeiros celebrado em Portugal eram reguladas, quanto a impedimentos, cumulativamente pela lei do seu país e pela lei portuguesa (Decreto, cit., artigo 62.º; código do registo civil, artigo 40.º, n.º 6.º), e, quanto a vícios do consentimento, pela lei do seu país, visto que a lei portuguesa, desde que também se mandava aplicar a lei estranjeira quanto a impedimentos, era aplicada a título de lei de ordem pública, e os vícios do consentimento devem ser regulados pela lei normal dos impedimentos.

Sendo assim, o regime do decreto de 1910 era um regime de tendências territorialistas, cheio de incoerências e tècnicamente imperfeitíssimo.

Êste regime foi, felizmente, modificado, embora sob uma forma defeituosa, pelo regulamento consular aprovado pelo decreto n.º 6462, de 7 de março de 1920. Eis as disposições do regulamento referentes ao assunto:

«Artigo 143.º *O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges.*

Artigo 144.º *O casamento dos portugueses no estranjeiro é regulado pelas disposições seguintes:*

§ 1.º *Se só um dos contraentes for português, o casamento poderá ser feito pela forma usada no país onde for celebrado.*

§ 2.º *Se ambos os contraentes forem portugueses, poderão casar pela forma da lei portuguesa, perante o agente diplomático ou consular de Portugal, ou pela forma que legalmente for exigida no país onde for celebrado, se não contrariar os princípios do direito público português, nem as estipulações de qualquer convenção de Portugal com êsse país, que regule os conflitos de leis e de jurisdições em matéria de casamento».*

(1) Vide *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 43.º, n.º 1853, pág. 433 e seg.

A fórmula *direito de contrair casamento* do artigo 143.º foi manifestamente transcrita da convenção da Haia de 1902 e, por isso, tem no regulamento o mesmo significado que tem na convenção, isto é, abrange todas as condições de validade intrínseca do casamento. E daí resulta o princípio importante de que a validade intrínseca dos casamentos celebrados nos consulados portugueses é regulada pela lei nacional dos futuros cônjuges, quer estes sejam portugueses, quer sejam estranjeiros, pois que o preceito do artigo 143.º é genérico, e nos consulados pode ser celebrado o casamento entre cidadãos portugueses ou entre cidadão português e mulher estranjeira (Regulamento consular, artigos 145.º, 149.º e 150.º, § 4.º).

Mas o preceito do artigo 143.º ainda é aplicável, segundo pensamos, ao casamento de portugueses em país estranjeiro celebrado perante as autoridades territoriais e ao casamento de estranjeiros celebrado em Portugal, isto é, aquele preceito constitui hoje um *princípio geral* do direito internacional privado português.

É esta a grande *restauração* operada pelo regulamento consular.

Que o preceito constitui um princípio geral de direito internacional privado, e não uma regra apenas aplicável aos casamentos celebrados nos consulados portugueses, resulta iniludìvelmente das seguintes considerações: 1.º) na secção intitulada — *Do registo dos casamentos* —, o regulamento consular inseriu disposições que, clarissimamente, não respeitam apenas aos casamentos consulares, mas respeitam, em geral, ao casamento de portugueses em país estranjeiro, como são — α) o § 1.º e a 2.ª parte do § 2.º do artigo 144.º, acima transcrito, — β) o artigo 168.º, que dá competência aos funcionários diplomáticos e consulares para passarem *certificados de capacidade matrimonial* aos portugueses que pretendam contrair casamento em país estranjeiro, — γ) e o artigo 169.º, que reproduz o artigo 242.º do Código de registo civil, mandando transcrever em Portugal os casamentos de portugueses celebrados no estranjeiro perante autoridades

estranjeiras, o que mostra que o legislador não teve em vista apenas o regime dos casamentos diplomáticos ou consulares, mas o regime jurídico internacional geral do casamento; 2.º) o § 2.º do artigo 1.º do decreto que aprovou o regulamento consular, revogou, não só o regulamento consular anterior, de 24 de dezembro de 1903, mas *todas as demais disposições em contrário do que no regulamento agora aprovado se estatui*, e, por isso, deve entender-se que revogadas foram as disposições do decreto de 1910, que regulavam o regime jurídico internacional do casamento, naquilo em que essas disposições contrariam o regulamento consular; 3.º) o artigo 237.º do regulamento dá como vigentes os artigos 1065.º e 1066.º do Código civil, cuja doutrina já referimos, e que haviam sido expressamente revogados pelo artigo 72.º do decreto de 1910, claro sinal de que, com o preceito geral do artigo 143.º, o autor do regulamento quis restabelecer o *regime personalista* do casamento sancionado por aquele Código (1); 4.º) seria inadmissível incoerência admitir que o regulamento dissesse num preceito genérico que *o direito de contrair casamento* era regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, para restringir o preceito aos casamentos diplomáticos e consulares, pois isso conduziria à contradição de que, nesses casamentos, o regime da validade intrínseca do casamento seria um *regime personalista*, mesmo no que respeita à mulher estranjeira que case com cidadão português, e nos casamentos celebrados fora dos consulados teria de observar-se um *regime acentuadamente territorialista* (2).

(1) Antes da publicação do nôvo regulamento consular e, portanto, sôbre o decreto de 1910, Maurice Travers tinha sustentado, na *Revue Darras — de Lapradelle* (1911, pág. 283) a seguinte doutrina: «A legislação nova não poderá ser considerada, apesar da revogação dos artigos 1065.º e 1066.º do Código civil português pelo artigo 72.º do decreto-lei sôbre o casamento, de 25 de dezembro de 1910, como tendo rejeitado o princípio de que os portugueses que se casem em país estranjeiro devem observar as condições de validade intrínseca previstas pela lei portuguesa. Na falta de preceito especial em matéria de casamento, o artigo 24.º do Código civil português basta para justificar a conservação do princípio tradicional».

(2) Comparando a doutrina formulada no texto com o quadro de sistemas que traçamos no número anterior, vê-se claramente que o nosso direito, imitando, primeiro, o código Napoleão, se aproximou, depois, do código civil italiano, para, por fim, aceitar um sistema moldado pela convenção da Haia.

Aceitando como rigorosa a interpretação que damos ao regulamento consular, vejamos como deverá considerar-se organizado o regime jurídico internacional da validade intrínseca, já do casamento de portugueses em país estranjeiro, já do casamento de estranjeiros em Portugal.

329 — Perante a doutrina de que o regulamento consular revogou o decreto de 1910 acêrca do regime da validade intrínseca do casamento e de que o preceito do artigo 143.º daquele regulamento abrange, na sua generalidade, tanto o casamento de portugueses em país estranjeiro como o casamento de estranjeiros em Portugal, quer o casamento seja celebrado perante as autoridades territoriais, quer o seja perante os agentes diplomáticos ou consulares, é da maior simplicidade o regime jurídico internacional da validade intrínseca do casamento de portugueses em país estranjeiro, quando celebrado perante as autoridades locais, único de que por agora nos ocupamos, na hipótese de ambos os contraentes serem portugueses. O casamento é *inteiramente* regulado pela lei portuguesa. Os impedimentos serão os da lei portuguesa, a sua sanção é a estabelecida pela lei portuguesa, e haverá vícios do consentimento quando se verificarem as circunstâncias de que a lei portuguesa torna dependente a existência de êrro ou violência e, existindo, terão tais vícios os efeitos previstos pela lei portuguesa.

Na hipótese de um dos futuros cônjuges ser estranjeiro, o cônjuge português fica sujeito à lei portuguesa e o cônjuge estranjeiro à lei do seu país, quanto a impedimentos e a vícios do consentimento. É a aplicação do mesmo princípio.

Referimo-nos, bem entendido, ao critério de apreciação do casamento pelas autoridades e tribunais portugueses. O critério da sua apreciação por autoridades ou tribunais estranjeiros será, naturalmente, o estabelecido pelas regras de conflitos de leis do respectivo país.

330—II—A validade intrínseca do casamento de estranjeiros em Portugal é regulada *normalmente* pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges. É a doutrina que resulta da aplicação do artigo 143.º do regulamento consular, e era já a

doutrina firmada pelo artigo 40.°, n.° 6.°, do código de registo civil, em harmonia com o artigo 27.° do Código civil, que manda regular o estado e capacidade dos estranjeiros pela lei do seu país.

Uma dificuldade suscita, porém, a comparação do art. 143.° do regulamento consular com o artigo 62.° do decreto de 1910. Por êste artigo, os estranjeiros que casassem em Portugal estavam sujeitos a *todos* os impedimentos da lei portuguesa e, como estavam também sujeitos à lei nacional, por fôrça do artigo 40.°, n.° 6.°, do código do registo civil, resultava que os impedimentos tinham de determinar-se simultâneamente pela lei nacional e pela lei portuguesa. Sendo assim, aparece naturalmente a seguinte questão: o artigo 143.° do regulamento consular terá revogado o art. 62.° do decreto de 1910, visto haver mandado regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, sem que a seu lado apareça qualquer preceito que reproduza o preceito do referido artigo 62.°, ou continuará êste artigo em vigor, de modo que os estranjeiros que casem em Portugal ainda estejam sujeitos a todos os impedimentos da lei portuguesa?

Entendemos que o artigo 62.° do decreto de 1910 foi revogado pelo artigo 143.° do regulamento consular, pela razão simples de as duas disposições serem incompatíveis. Em verdade, se o regulamento consular determina que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, se no direito de contrair casamento se compreendem evidentemente os impedimentos, se, àparte a existência de preceito expresso, se deve entender que qualquer relação jurídica deve normalmente ser regulada por uma só lei, é lógica a conclusão de que os impedimentos do casamento dos estranjeiros não podem ser regulados cumulativamente pela sua lei nacional e pela lei portuguesa, aliás, em vez de *uma*, seriam regulados por *duas leis*. Demais, é para nós certo que o artigo 143.° do regulamento consular foi imitado do artigo 1.° da convenção da Haia de 12 de junho de 1902, e nesta convenção é evidente que a lei normal dos impedimentos não tem como limite *toda a lei* do lugar da celebração sôbre impedimentos, mas apenas a *parte dessa lei* considerada de ordem pública internacional.

E tal é a solução que actualmente consideramos exacta em face do direito português. A lei normal dos impedimentos do casamento de estranjeiros celebrado em Portugal é a sua lei nacional.

A lei nacional tem, porém, o limite constituído pela lei portuguesa de impedimentos, naquilo que esta lei deva considerar-se de ordem pública. Isto em virtude do princípio geral do nosso direito segundo o qual as leis estranjeiras não podem aplicar-se quando contrárias às leis portuguesas de ordem pública internacional (1), e em virtude do princípio que inspirou a convenção, imitada pelo artigo 143.° do regulamento consular, segundo a qual a lei normal dos impedimentos é limitada pelas leis de ordem pública internacional do lugar da celebração.

Como determinar, porém, quais são os preceitos de ordem pública internacional da lei portuguesa em matéria de impedimentos?

Como temos visto, a acção inibitória das leis de ordem pública tanto pode ser proïbitiva como permissiva. Começaremos a nossa análise pela

a) *Ordem pública proïbitiva.* Esta forma de ordem pública tem que determinar-se em face do quadro de impedimentos estabelecidos pela lei portuguesa, fixando os que, entre êles, devem ser opostos ao casamento de estranjeiros.

Êsse quadro de impedimentos é estabelecido pelos artigos 4.° a 10.° do decreto de 25 de dezembro de 1910, nos termos seguintes:

«Artigo 4.° Não podem contrair casamento:

1.° Os parentes por consangüinidade ou afinidade na linha recta, ainda que o casamento, causa da afinidade, tenha sido dissolvido;

2.° Os irmãos germanos, consangüíneos e uterinos, legítimos ou ilegítimos;

3.° Os menores de dezoito anos, do sexo masculino, e de dezasseis, sendo do feminino;

4.° Os interditos por demência, verificada por sentença

(1) Código comercial, artigo 4.°, § único, e artigo 12.°; Código de processo civil, artigo 1088.°, § 1.°, n.° 5.°; Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 58.°, § 2.°; Código do registo civil, artigo 242.°; Regulamento consular, artigos 144.° e 169.°.

passada em julgado, ou notória, e bem assim os divorciados por motivo de doença contagiosa, reconhecida como incurável, ou de doença incurável que importe aberração sexual;

5.° O cônjuge condenado como autor, ou como cúmplice, do crime de homicídio, ou de tentativa de homicídio contra o seu consorte, com qualquer dos condenados como autores ou cúmplices do mesmo crime;

6.° Os ligados por outro casamento ainda não dissolvido.

Artigo 5.° Ao maior de dezoito anos, sendo do sexo masculino, e de dezasseis, sendo do feminino, mas menor de vinte e um, não emancipado, é igualmente proïbido o casamento emquanto não obtiver o consentimento de seus pais ou daqueles que os representam, ou o suprimento dêsse consentimento em forma legal.

Artigo 7.° Aos maiores sob tutela, não compreendidos no n.° 4.° do artigo 4.°, bem como aos maiores sob curadoria, é proïbido o casamento emquanto não obtiverem o consentimento daqueles que os representam ou o suprimento dêsse consentimento em forma legal.

Artigo 8.° Também é proïbido contrair casamento aos parentes em terceiro grau na linha colateral, salvo se obtiverem dispensa, que só poderá ser concedida pelo Govêrno ocorrendo motivos ponderosos.

Artigo 9.° O tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos não poderão casar com a pessoa tutelada ou curatelada, emquanto não tiver passado um ano completo sôbre a cessação da tutela ou da curadoria, e não estiverem aprovadas as respectivas contas.

Artigo 10.° Qualquer dos ex-cônjuges não poderá contrair nôvo casamento emquanto não decorrerem sôbre a dissolução do seu casamento anterior por divórcio, ou por morte, os prazos marcados no artigo 55.° do decreto com fôrça de lei de 3 de novembro de 1910 (1).

Quais serão, dêstes impedimentos, os que deverão ser considerados de ordem pública internacional? Todos? Apenas alguns? E, neste caso, qual o critério para os determinar?

(1) Estes prazos são: seis meses para o marido e um ano para a mulher.

O código civil italiano (artigo 55.° a 69.° e 102.°), ao mesmo tempo que declara que a capacidade matrimonial do estranjeiro é regulada pela sua lei nacional, sujeita-o a todos os impedimentos da lei italiana. Semelhante preceito, embora represente um exagêro da acção inibitória do princípio da ordem pública internacional (1), significa, em todo o caso, que o código italiano considerou de ordem pública *todos* os impedimentos por êle estabelecidos.

Êste exagerado sistema foi imitado pelo decreto brasileiro n.° 181, de 24 de janeiro de 1890 (artigo 48.°) e, através dele, pelo nosso decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910 (artigo 62.°).

O sistema prevalece na Itália, mas já foi manifestamente abandonado no Brasil (Código civil, Introdução, artigo 8.°) e, entre nós, deve considerar-se também abandonado em face do artigo 143.° do regulamento consular, pela razão simples de que aquele artigo manda regular a capacidade matrimonial pela lei nacional e de que a nossa lei admite impedimentos que, evidentemente, não são de ordem pública internacional, como é, por exemplo, o impedimento que obsta ao casamento, sem autorização dos seus representantes, dos maiores de dezoito ou de dezasseis anos e menores de vinte e um, o qual torna o casamento simplesmente anulável, não podendo a anulação ser pedida senão pelo incapaz ou pelas pessoas que deviam prestar o consentimento (Decreto de 1910, artigos 5.°, 13.° e 14.°).

Menos rigoroso que o sistema do código italiano é o sistema seguido pelo tratado de Lima e pelo tratado entre a Colômbia e o Equador, que consideraram de ordem pública internacional os *impedimentos dirimentes* (artigo 12.°—artigo 11.°).

Êste sistema ainda era, porém, excessivo, por isso que pode haver impedimentos dirimentes que tornem o casamento simplesmente anulável, fundando-se apenas no interesse individual dos interessados, e não devendo ser, por isso, de ordem pública internacional.

Mais afastado do rigor italiano é já o sistema do tratado

(1) Vide: Diena, *Diritto internazionale privato*, pág. 123; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 236.

de Montevideo. Êste tratado, adoptando (artigo 11.°) a doutrina seguida nos Estados Unidos (1) e na Argentina (Código civil, artigo 159.°), pela qual a validade intrínseca do casamento é regulada pela lei do lugar da celebração, dispõe que os Estados signatários se não obrigam a reconhecer o matrimónio celebrado em qualquer deles quando o afecte algum dos impedimentos de menoridade de catorze anos no homem e doze na mulher, de parentesco, legítimo ou ilegítimo, em linha recta por consangüinidade ou afinidade, ou entre irmãos, de conjugicídio, e de casamento anterior não dissolvido (artigo 11.°).

O tratado apenas considerou de ordem pública impedimentos dirimentes, mas fez selecção entre êsses impedimentos, restringindo-se aos de maior gravidade.

Mais afastado ainda do sistema italiano é o sistema da convenção da Haia, a qual considerou de ordem pública proïbitiva os impedimentos dirimentes absolutos de parentesco, de adultério e de conjugicídio e os impedimentos de carácter religioso e de casamento anterior.

Como o tratado de Montevideo, a convenção considerou de ordem pública só impedimentos dirimentes, mas nem todos os impedimentos desta natureza, apenas aqueles cujo respeito era imposto por uma forte exigência moral.

Segundo qual dêstes sistemas deveremos interpretar a nossa lei actual?

Pôsto de lado o sistema da lei italiana, que era o sistema do decreto de 1910, cremos que se impõe, em face do regulamento consular e da convenção da Haia, um sistema moldado pelo estabelecido nesta convenção: 1.°) porque o artigo 143.° do regulamento consular, imitando a convenção, quando dispõe que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, mostra que o legislador quis aproximar o direito português comum do regime do casamento estabelecido pela convenção; 2.°) e, sobretudo, porque a ordem pública ou é ou não é, não podendo, evidentemente, uma lei portuguesa não ser de ordem pública em relação aos Estados signatários da convenção e sê-lo em relação aos outros Estados, devendo, por isso, a convenção

(1) Wharton, ob. 1, § 135 a

considerar-se como contendo a norma que estabelece o limite máximo dos impedimentos que podem ser opostos ao casamento de quaisquer estranjeiros.

Sendo assim, apenas deverão considerar-se de ordem pública internacional os impedimentos indicados nos n.^{os} 1.°, 2.°, 5.° e 6.° do artigo 4.° do decreto de 1910, pois são êsses os únicos impedimentos que a convenção permite opor ao casamento de nacionais dos Estados contratantes. Isto não quere dizer que a convenção modificasse o direito português comum. Apenas significa que, sendo o conceito de ordem pública internacional um conceito *móvel*, Portugal, aceitando convenção, com o critério de ordem pública que ela fixou, revelou o que, em matéria de impedimentos, os seus tribunais devem considerar de ordem pública internacional.

b) *Ordem pública permissiva.* No lugar próprio, aceitámos a doutrina de que as leis de ordem pública também podem exercer uma função *permissiva* (1), doutrina que foi reconhecida expressamente pelo artigo 3.° da convenção.

Em face dessa doutrina, as leis portuguesas de ordem pública internacional poderão conduzir à *permissão* de um casamento proïbido pela lei nacional. Mas quando?

Em princípio, a *proïbição* estabelecida por uma lei estranjeira deve ser substituída pela *permissão* estatuída pela lei portuguesa, como lei de ordem pública internacional, quando a divergência entre as duas leis seja essencial e o preceito da lei portuguesa não possa consentir, por um motivo de ordem moral, de ordem económica ou de ordem política, que se renuncie mediante um acto de vontade à permissão que êle estabelece (2).

Como deverá, porém, ser aplicado o princípio em matéria de impedimentos do casamento?

Ainda aqui procede, claramente, a consideração, que acima fizemos, de que a ordem pública ou é ou não é, e de que, por isso, não poderão os tribunais portugueses considerar o mesmo impedimento contrário ou não contrário às leis portuguesas de ordem pública internacional, segundo êle seja

(1) L. 1, n.° 177.
(2) L. 1, n.° 170 e nota 1 da pág. 564.

estabelecido pela lei de um Estado signatário da convenção da Haia, ou o seja pela lei de qualquer outro Estado.

Sendo assim, uma primeira regra se poderá estabelecer como certa: quanto aos impedimentos que existam nas leis dos Estados contratantes, apenas poderão deixar de acatar-se aqueles que podem deixar de ser acatados em relação àqueles Estados.

Desta regra deriva a conclusão de que poderão e deverão deixar de reconhecer-se os impedimentos de *disparitas cultus* e de *votum*, que são os únicos que, existindo nas leis dos Estados contratantes, podem deixar de ser respeitados quanto ao casamento dos súbditos dos mesmos Estados (1).

A regra apontada deve, porém, ser completada, por outra regra, que também consideramos certa, embora seja menos precisa: dos impedimentos que estejam fora do quadro de impedimentos existentes no território convencional, as autoridades e tribunais portugueses poderão não reconhecer como contrários às leis portuguesas de ordem pública internacional aqueles que repugnem aos princípios fundamentais em que assenta o direito matrimonial português. No número dêsses impedimentos, estão, por exemplo: o *impedimento de raça*, estabelecido pela lei da Lüisiana e do Texas (2), segundo a qual é proïbido o casamento entre um indivíduo da raça branca e um indivíduo de côr, o *impedimento de indigência*, que transforma a pobreza em obstáculo ao casamento, o *impedimento de morte civil*, como conseqüência da privação total ou parcial da personalidade, e o *impedimento de levinato*, do direito mosaico, segundo o qual, quando um israelita morre sem filhos, os irmãos têm o direito, por ordem de idades, de casar com a cunhada viúva, não podendo esta contrair casamento com um estranho sem a declaração, por parte dos cunhados, de que não a pretendem em casamento (3). Todos êstes impedimentos representam uma flagrante violação dos direitos de personalidade ou de igualdade jurídica, não podendo ser respeitados pelas autoridades e tribunais portugueses, ainda

(1) Supra, pág. 381.
(2) Weiss, *Traité*, III, pág. 483 e 484.
(3) Weiss, *Traité*, III, pág. 484; *Clunet*, 1909, pág. 757; Buzzati, ob. cit., pág. 236.

que estabelecidos pela lei normalmente competente para reger os impedimentos.

331—Conhecido o regime do direito português comum acêrca da lei reguladora do direito de contrair casamento e, portanto, da capacidade matrimonial, segue-se determinar como esta capacidade deverá ser provada, para que os portugueses possam contrair casamento em país estranjeiro e os estranjeiros possam contrair casamento em Portugal.

A prova da capacidade matrimonial dos portugueses que se casem em país estranjeiro perante as autoridades locais tem de ser feita em harmonia com a lei do lugar da celebração. Essa lei determinará, pois, a espécie de prova que êles devem apresentar.

Na previsão, porém, de que a lei do país da celebração exija ou considere suficiente um certificado do agente diplomático ou consular do país dos nubentes, deu o regulamento consular competência aos agentes diplomáticos e consulares portugueses para êsse efeito, no artigo 168.º, assim redigido: «Os funcionários diplomáticos e consulares podem passar, a pedido dos interessados portugueses, um certificado provando que satisfizeram às condições necessárias exigidas pela lei portuguesa para contrairem matrimónio, ou qualquer documento que sirva de outro meio de prova, contanto que as convenções internacionais existentes, ou as autoridades do país da projectada celebração do casamento reconheçam como suficiente esta justificação».

Êste preceito devia tornar-se extensivo aos conservadores e oficiais do registo civil, para a hipótese de a lei local não considerar suficiente o certificado passado pelos agentes diplomáticos e consulares, ou para a hipótese de não haver no país da celebração êsses agentes, e a lei local considerar suficiente o certificado das autoridades territoriais do país dos nubentes.

A prova da capacidade matrimonial dos estranjeiros que se casem em Portugal é regulada pela lei portuguesa.

Quanto aos casamentos sujeitos ao regime da convenção da Haia de 1902, já vimos que é expresso o artigo 245.º do código do registo civil.

Como fazer, porém, a prova quanto aos casamentos sujeitos ao direito português comum?

Em face daquele artigo do código do registo civil, sustentou a *Revista de legislação e de jurisprudência* (1) que, no silêncio da lei acêrca do modo de verificar se os estranjeiros pertencentes a Estados não signatários da convenção da Haia tinham a capacidade matrimonial exigida pela sua lei nacional, e entre o *processo do edital*, destinado a verificar a não existência de impedimentos segundo a lei portuguesa, e o *processo do certificado ou da justificação avulsa*, destinado a verificar a capacidade matrimonial dos súbditos de Estados signatários da convenção da Haia, segundo a sua lei nacional, devia optar-se por êste último processo, por ser aquele que melhor correspondia ao fim que se tinha em vista, que era averiguar a capacidade matrimonial dos nubentes e aquele que o legislador presuntivamente estabeleceria, se pensasse directamente no assunto.

A doutrina da *Revista* tem hoje a apoiá-la o § 4.º do artigo 150.º do regulamento consular, segundo o qual, quando, num casamento diplomático ou consular, a mulher foi estranjeira, a justificação da sua capacidade jurídica, segundo a sua lei nacional, pode ser feita mediante certificado passado pelo respectivo agente diplomático ou consular, ou pelo funcionário local competente.

Perante êste preceito, é certamente legítima a doutrina, como já notámos (2), de que a capacidade matrimonial de estranjeiros que casem em Portugal perante as autoridades portuguesas pode ser provada por certificados tanto dos agentes diplomáticos e consulares do seu país, como dos funcionários locais do mesmo país, pois a situação da mulher estranjeira que casa num consulado português é certamente semelhante à dos estranjeiros que casem em Portugal perante as autoridades portuguesas.

Por outro lado, como o artigo 245.º do código do registo civil equipara, para o efeito da prova da capacidade matrimonial, o certificado diplomático ou consular e a justificação avulsa, bem pode estabelecer-se a doutrina de que

(1) Ano 44.º, n.º 1861, pág. 18.
(2) Supra, pág. 388.

os estranjeiros que pretendam casar em Portugal, devem provar a sua capacidade matrimonial mediante certificado, quer dos agentes diplomáticos ou consulares do seu país, quer do funcionário competente do mesmo país, ou mediante justificação avulsa perante o juiz de direito da respectiva circunscrição.

332 — No estudo do regime jurídico internacional da forma do casamento segundo o direito português comum, trataremos separadamente do casamento de portugueses em país estranjeiro e do casamento de estranjeiros em Portugal.

I — *Casamento de portugueses em país estranjeiro.* A forma dêste casamento é, sem a mínima dúvida, regulada pela lei do lugar da celebração. É terminante a disposição do artigo 144.º do regulamento consular, acima transcrito (1), como já antes o era o Código civil (artigo 1065.º) e o decreto de 25 de dezembro de 1910 (artigo 58.º).

Em face dêste decreto, para demonstrar que a validade intrínseca do casamento era regulada pela lei local, era necessária uma demonstração, visto que a palavra *forma* exprime usualmente apenas a forma extrínseca. Para a forma externa, essa demonstração não era necessária.

Contudo, se o princípio geral não oferece dúvidas, uma grave dificuldade se apresenta relativamente à aplicação do mesmo princípio. Resulta essa dificuldade da comparação do final do § 2.º do artigo 58.º do decreto e do § 2.º do artigo 144.º do regulamento consular com as disposições do mesmo decreto e do código do registo civil que tornam obrigatório e exclusivamente válido o casamento civil.

Com efeito, o decreto e o regulamento consular reconhecem o casamento celebrado pela *forma que for legalmente exigida no país onde for celebrado e não contrariar os princípio do direito público português*, e os artigos 3.º, 45.º e 63.º do decreto de 1910, e 2.º, 8.º, 38.º, n.º 3.º, 177.º, e 312.º a 316.º do Código do registo civil, não só tornam obrigatório o casamento civil e negam efeitos jurídicos a qualquer outra forma de casamento, mas até formulam pênas para aqueles que celebrarem ou assistirem a casamentos religiosos anteriores ao casamento civil, o que mostra que

(1) Supra, pág. 138.

evidentemente, como um direito de família, pela clara razão de que o instituto dos esponsais não foi admitido como um preliminar do casamento, tendo de ser qualificado como um simples *direito de crédito*.

Por outro lado, como na resolução dos conflitos de qualificações, a qualificação a adoptar deve ser a da *lex fori* (1), segue-se que os tribunais portugueses terão de considerar o referido direito de indemnização como um direito de crédito.

Qual, porém, a lei reguladora dêste direito?

A lei reguladora do contrato de esponsais, não, porque êste contrato é declarado nulo e, portanto, sem eficácia jurídica.

Também não poderá considerar-se o rompimento dos esponsais, por si mesmo, um *facto ilícito*, para se aplicar a lei do lugar onde o facto for praticado, visto não ser, evidentemente, ilícito o não cumprimento de um contrato nulo.

Qual, pois, a solução a adoptar?

Se os dois ex-esposados, não sendo portugueses, forem da mesma nacionalidade, deverá aplicar-se a sua lei nacional comum. Embora se não trate, pròpriamente, de um direito de família, trata-se, em todo o caso, de um facto relacionado com a constituïção de um direito de família e, por isso, deverá aplicar-se a lei pessoal.

Se, porém, forem estranjeiros de diferente nacionalidade, poderá hesitar-se entre a aplicação cumulativa das duas leis, recebendo a *vítima* do rompimento aquilo que, sendo reconhecido pela sua lei, o seja também pela lei do *autor* do rompimento, solução que se basearia na dupla circunstância de se tratar de um facto atinente ao casamento, mas de ainda não haver casamento, e a aplicação da lei da vítima do rompimento, solução fundada em que, sendo a reparação o *meio de compensar*, em certo modo, a esperança de ver realizado o projectado casamento, a compensação deverá ser medida pela lei do esposado inocente no rompimento.

Inclinamo-nos para esta última solução, por nos parecer a mais justa e ter o mérito de evitar que, fiando-se na impunidade estabelecida pela sua própria lei, qualquer dos

(1) L. I, n.º 152.

esposados rompa por êsse motivo a sua promessa de casamento.

Devemos, porém, notar que, em Portugal, nunca poderão, em nosso entender, decretar-se indemnizações superiores às estabelecidas pela lei portuguesa, pois consideramos de ordem pública internacional a lei que marca os limites dessas indemnizações. A razão é simples. O legislador declarou sem efeito o contrato de esponsais para que fôsse livre até ao fim a vontade de contrair casamento e, por isso, deve entender-se que a indemnização a que reconheceu direito, representa o *máximo* que é permitido exigir-se sem que a exigência constitua um meio indirecto de compelir ao casamento (1).

327 — Para bem compreender e apreciar o direito português na sua evolução e no seu modo de ser actual acêrca das condições de validade intrínseca do casamento, precederemos o seu estudo da indicação dos sistemas doutrinais e legislativos sôbre o assunto, os quais nos explicarão as transformações por que passou a nossa legislação nos últimos cinqüenta anos.

A análise na doutrina e no direito positivo do problema do regime jurídico internacional das condições de validade intrínseca do casamento revela-nos a existência de quatro sistemas na determinação dêsse regime: *a)* o sistema da *competência da lei do lugar da celebração; b)* o sistema da *competência da lei do domicílio; c)* o sistema da *competência da lei nacional; d)* e o sistema da *competência cumulativa da lei nacional e da lei do lugar da celebração*.

a) O sistema da competência da *lei do lugar da celebração*, que se relaciona històricamente com a tendência estatutária territorialista da doutrina de d'Argentré e da escola holandesa (2), foi o sistema por vezes consagrado pela jurisprudência francesa anterior ao Código Napoleão (3), foi o

(1) Vide: Von Bar, ob. cit., § 171.º; Meili, ob. cit., § 71.º; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 219; Jitta, *La substance des obligations en droit international privé*, II, pág. 381 e seg.

(2) Alexandre Orescu, *Le mariage en droit international privé*, Paris, 1908, pág. 130.

(3) Weiss, *Traité*, III, pág. 462.

país, e, portanto, com certidão do registo religioso, quando a êste registo sejam atribuídos efeitos civis.

d) A doutrina contrária não só estaria em oposição com o princípio geral aceito pelo nosso direito de que a forma externa dos actos jurídicos é regulada pela lei do lugar da celebração, mas inibiria os portugueses ou de contraírem casamento perante as autoridades locais, nos países onde só existe o casamento religioso, o que está em desarmonia com o próprio preceito do artigo 58.º do decreto e do artigo 144.º do regulamento consular, ou de contraírem casamento nos mesmos países, se aí não houver agente diplomático ou consular português ou, havendo-o, o Estado local se opuser aos casamentos diplomáticos e consulares.

e) Portugal assinou e ratificou a convenção da Haia, que já analisámos, esta declara válido, quanto à forma, o casamento celebrado em harmonia com a lei do lugar da celebração (artigo 5.º), esta lei pode reconhecer efeitos jurídicos a uma celebração religiosa, como acontece na Suécia, aos Estados contratantes não é permitido deixar de reconhecer eficácia jurídica aos casamentos celebrados religiosamente e, por isso, em Portugal, tem de ser reconhecido valor ao casamento religioso celebrado nos Estados contratantes quando o casamento religioso aí seja reconhecido, em virtude do princípio, muitas vezes aplicado nas nossas leis, de que os tratados preferem às leis gerais (Código civil, artigo 26.º; Código comercial, artigo 6.º; Código de processo civil, artigo 1087.º; Código de processo comercial, artigo 2.º). Mas, como acima se disse, uma lei não pode ser de ordem pública em relação a um Estado e deixar de o ser em relação a outro Estado, donde deriva a conclusão de que a lei que em Portugal estabelece o casamento civil obrigatório não pode ser considerada como lei de ordem pública internacional, para o efeito de excluir qualquer forma de casamento religioso realizado por portugueses em país estranjeiro. Apenas pode ser considerada de ordem pública interna, isto é, obrigatória para os casamentos celebrados em Portugal (1).

f) Nem, em sentido contrário, poderá recorrer-se à consideração da possibilidade de fraude à lei portuguesa,

(1) L. 1, n.º 171.

pois já vimos noutro lugar (1) que não pode falar-se em fraude à lei quando a competência de uma lei depende de um facto cuja prática está na inteira dependência da vontade individual, como acontece, no nosso sistema, com a competência das leis de forma. Segundo o nosso direito, é competente a lei do lugar da celebração e, porque os portugueses não são obrigados a praticar em Portugal os seus actos jurídicos e, designadamente, a contrair casamento, não pode de modo nenhum dizer-se que pratica um acto de fraude à lei portuguesa um português que case em país estranjeiro, quer religiosa quer civilmente.

Por estas considerações, entendemos que a fórmula — *e não contrariar os princípios do direito público português,* não exclui o casamento religioso, só porque é casamento religioso, apenas excluindo qualquer forma de casamento que não assegure devidamente a seriedade da manifestação do consentimento para a realização de um acto de tamanha importância jurídica.

333 — II — *Casamento de estranjeiros em Portugal.* Pelo artigo 62.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, nesta parte não modificado pelo regulamento consular, são aplicáveis aos casamentos de estranjeiros celebrados em Portugal as disposições do mesmo decreto e do código do registo civil relativas às *formalidades preliminares* do casamento.

Por outro lado, é certo que o direito português não só aceitou o princípio *locus regit actum* (2), mas determinou, como acima dissemos, que só pode atribuir-se valor jurídico ao casamento celebrado no território da República quando o seja pela forma estabelecida na lei civil e, por isso, é indubitável que também estão sujeitas à lei portuguesa as *formalidades de celebração* do casamento de estranjeiros em Portugal.

Sendo assim, é ponto seguro que o nosso direito aceitou, quanto ao casamento de estranjeiros em Portugal, o princípio *locus regit actum* e que a forma dêsse casamento é regulada pela lei portuguesa.

(1) L. 1, n.º 167.
(2) Supra, n.ºs 241 e seg.

Contudo, as formalidades do casamento de estranjeiros não são em *tudo* idênticas às formalidades do casamento de portugueses, pois o n.º 11 do artigo 223.º do código do registo civil manda mencionar no assento do casamento as *formalidades peculiares* observadas nos *casamentos de estranjeiros*, de surdos-mudos, de impossibilitados de ir á repartição do registo civil, e outros, quando exigidas pelo mesmo código.

Quais serão, porém, as formalidades peculiares do casamento de estranjeiros?

Uma dessas formalidades é certamente a *nomeação de intérpretes* no caso de os estranjeiros não saberem falar a língua portuguesa, a que se refere o artigo 181.º do código do registo civil. Embora êste artigo não fale em estranjeiros, são naturalmente êstes que, em regra, podem deixar de saber falar português.

Outra formalidade cremos ser a *apresentação de certificado* ou *de justificação da capacidade matrimonial*, nos termos acima indicados, quer a respeito dos casamentos sujeitos à convenção, quer a respeito dos casamentos submetidos ao direito comum (1).

Assente que a lei reguladora da forma do casamento de estranjeiros é a lei portuguesa, segue-se lògicamente que só poderá produzir efeitos em Portugal o casamento celebrado por estranjeiros no território da República quando seja realizado na forma da lei civil. Neste ponto, são os estranjeiros equiparados aos cidadãos portugueses.

Se, porém, os estranjeiros, além do casamento civil, quiserem celebrar o casamento religioso, deverão fazê-lo depois do casamento civil, ou poderão fazê-lo antes?

Como preceituam os artigos 36.º, n.º 3.º, 225.º, 255.º e 295.º a 311.º do código do registo civil, os funcionários do registo devem passar *certidões* de teor ou narrativas dos assentos constantes dos respectivos livros, e devem entregar aos interessados *boletins* de nascimentos, casamentos e óbitos, logo depois de realizados êstes actos, assim como devem passar os mesmos boletins sempre que lhes sejam pedidos.

Ora, segundo o artigo 312.º do mesmo código, os

(1) Supra, n.os 317 e 331.

boletins e as certidões dos respectivos registos são, em regra, *essencialmente necessários* para que se possa celebrar qualquer cerimónia ou sacramento religioso, em que intervenha como parte principal um *cidadão português*, nacional ou nacionalizado, ou ainda um *português naturalizado estranjeiro* e, principalmente, os dos nascimentos e casamentos, para se celebrar qualquer baptismo ou matrimónio religioso, e os de óbito, para se poder realizar qualquer cerimónia religiosa que porventura o acompanhe.

Esta disposição concorda com a do artigo 313.º, que diz: «Cada um dos indivíduos, que realizarem ou cooperarem conscientemente na realização de um acto de baptismo, matrimónio ou enterro religioso, em que seja parte principal um *cidadão português*, nacional ou nacionalizado, ou ainda um *português naturalizado estranjeiro*, sem que seja apresentada a certidão ou boletim comprovativo de se haver efectuado prèviamente o competente registo civil de nascimento, casamento ou óbito, incorrerá na perda de todas as vantagens materiais, que estiver recebendo ou puder vir a receber do Estado e, além disso, na multa de 10$00 reis a 100$000 reis, que será aplicada em processo criminal e reverterá para a obra de assistência pública designada no artigo 350.º».

É evidente que estas disposições do código do registo civil estabelecem a prioridade do casamento civil apenas para os cidadãos portugueses, tanto originários como naturalizados, e para os estranjeiros que já tenham sido cidadãos portugueses.

Não acompanha o código do registo civil uma exposição de motivos e, por isso, não pode dizer-se com certeza qual tenha sido a razão determinante desta diferença entre os nacionais e os estranjeiros em geral. Essa razão seria porventura: quanto aos cidadãos portugueses, o pensamento de tornar efectiva a secularização do casamento e de evitar que pudesse celebrar-se um casamento religioso não seguido de um casamento civil; e, quanto aos estranjeiros que tenham sido portugueses, o pensamento de evitar que se recorresse à naturalização em país estranjeiro para evitar o rigor da lei portuguesa. Quanto aos demais estranjeiros, não pode presumir-se a razão da lei, pois, tendo-se declarado exclusiva-

mente válido o casamento civil, parecia natural que a prioridade do casamento civil relativamente ao casamento religioso devia ser obrigatória tanto para nacionais como para quaisquer estranjeiros, pois nem a liberdade dêstes é mais respeitável que a daqueles, nem os estranjeiros dão maiores garantias de celebração do casamento civil depois do casamento religioso, nem deviam permitir-se em Portugal casamentos que, por falta de acto civil, não podem cá produzir efeitos jurídicos, tanto mais que pode haver e há países que, reconhecendo o casamento religioso, dão efeitos a esta forma de casamento mesmo quando celebrado em países de casamento civil obrigatório.

334—Temos falado até aqui do regime do direito português comum acêrca do casamento celebrado perante as autoridades locais. Analisaremos agora os seus preceitos relativamente aos casamentos diplomáticos e consulares.

I—*Casamentos diplomáticos e consulares de portugueses em país estranjeiro.* O regulamento consular atribui de um modo geral aos cônsules e vice-cônsules de Portugal funções de *oficiais do registo civil*, e confere-lhes, designadamente, a faculdade de registar *casamentos* (artigo 108.º, 109.º, 144.º e 145.º).

Além dos cônsules e vice-cônsules, ainda a mesma competência se deve considerar reconhecida aos agentes diplomáticos que exerçam funções consulares (Regulamento consular, artigo 145.º).

Quais serão, porém, as pessoas que podem contrair casamento nos consulados ou nas legações portuguesas?

O regulamento consular de 1903 tornava a competência matrimonial dos cônsules dependente da *nacionalidade portuguesa do marido* (artigo 59.º).

Êste sistema foi, porém, modificado pelo decreto de 1910, que consignou esta disposição: «*Se ambos os contraentes forem portugueses,* poderão casar, pela forma da lei nacional, perante o agente diplomático ou consular de Portugal...» (artigo 58.º, § 2.º).

Restringia-se dêste modo a competência diplomática e consular à hipótese de ambos os cônjuges serem portugueses, adoptando-se ainda, contudo, um sistema bem definido.

O novo sistema não chegou, todavia, a vigorar, por isso que o decreto relativo ao casamento civil começou a executar-se juntamente com o código do registo civil e êste formulou um sistema diferente, um pouco menos definido que os dois anteriores. Aparece tal sistema no: «Artigo 41.º Nos registos dos agentes diplomáticos e consulares serão inscritos:... 2.º) Os casamentos contraídos no estranjeiro *por dois portugueses* ou *por um estranjeiro e um português que conserve a sua nacionalidade*».

Segundo êste sistema, podiam os agentes diplomáticos ou consulares portugueses celebrar casamentos, quer entre dois portugueses, quer entre português e estranjeira, quer entre portuguesa e estranjeiro, se a mulher conservasse pelo casamento a nacionalidade portuguesa, por não adquirir a nacionalidade do marido (Código civil, artigo 22.º, n.º 4.º), como ainda acontece pela lei da Argentina, Brasil, Chili, Colômbia, S. Domingos, Salvador e Uruguai (1).

O regulamento consular vigente transcreveu dos diplomas anteriores, em disposições diferentes, os preceitos em que se continham os três sistemas indicados, pois determina: *a*) no artigo 109.º e n.º 1.º, que o registo civil abrange, nos consulados e vice-consulados, os casamentos contraídos no estranjeiro por *dois portugueses* ou por *um estranjeiro e um português que conserve a sua nacionalidade; b*) no artigo 144.º, § 2.º, que, na hipótese de *ambos os contraentes serem portugueses*, poderão casar, pela forma da lei portuguesa, perante o agente diplomático ou consular português; *c*) e no artigo 145.º, que os funcionários consulares e os agentes diplomáticos que exercem funções consulares têm competência para celebrar o casamento *entre portugueses* ou *entre português e mulher estranjeira*, salvo, neste último caso, se a isso se opuser a lei local.

Qual será, pois, em face destas disposições, evidentemente inconciliáveis, o sistema do regulamento consular sôbre a competência matrimonial dos cônsules e agentes diplomáticos?

Cremos que essa competência se limita às duas hipó-

(1) Ernest Lehr, *La nationalité dans les principaux E'tats du globe*, 1909, pág. 31, 54, 57, 71, 177 e 218; *Boletim da Faculdade de Direito*, I, pág. 178.

teses ou de *ambos* os nubentes serem portugueses, ou de o *marido* ser português: 1.º) porque, no artigo 145.º, que é a disposição em que o regulamento de modo especial reconhece competência aos cônsules e agentes diplomáticos para celebrar casamentos, admite essa competência apenas naquelas duas hipóteses; 2.º) porque, ao *regular* o exercício da mesma competência, quanto à prática das formalidades preliminares do casamento em que os nubentes não sejam portugueses, previu e regulou a hipótese de a mulher ser estranjeira, e só essa hipótese (artigo 150.º, § 4.º), sinal, por um lado, de que excluiu o sistema do decreto de 1910 (serem os cônjuges ambos portugueses), e, por outro lado, de que excluiu também o sistema do código do registo civil (ser português um dos cônjuges e conservar a nacionalidade portuguesa).

Mas, assente que, perante os agentes diplomáticos e consulares portugueses, podem contrair casamento dois portugueses ou um português e uma estranjeira, qual a lei reguladora, quer da validade intrínseca, quer da validade formal do casamento?

Se ambos os nubentes forem portugueses, regula a lei portuguesa tanto a validade intrínseca como a validade formal do casamento.

É a doutrina que resulta claramente do artigo 143.º do regulamento consular, que manda regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, e do artigo 144.º, § 2.º, que manda seguir a forma da lei portuguesa.

Se apenas um dos nubentes for português, mantém-se a competência da lei portuguesa, quanto ao direito de contrair casamento do cônjuge português e quanto à forma do casamento (Regulamento cit., artigo 143.º e 146.º).

A capacidade matrimonial e os vícios do consentimento, quanto à mulher estranjeira que case no consulado com um português, são regulados pela lei do seu país (Regulamento consular, artigo 143.º).

Importa observar que, na hipótese de a mulher ser estranjeira, o artigo 145.º do regulamento consular subordina a competência dos cônsules ou agentes diplomáticos à condição de a lei local a isso se não opor.

Qual o alcance dêste preceito do regulamento?

Uma primeira conseqüência daí deriva: é que o cônsul ou agente diplomático não pode celebrar o casamento entre um português e mulher estranjeira de um terceiro Estado, quando o Estado local se oponha aos casamentos diplomáticos em geral, como acontece na Áustria (1), ou entre um português e uma mulher do Estado local, quando êste Estado se oponha ao casamento dos seus nacionais nos consulados ou legações estranjeiras estabelecidas no seu território, como acontece no Brasil (2). E, se celebrar o casamento, será êste nulo, por falta de competência do oficial do registo, pois a competência dependia de uma condição que se não verificou. Devem, por isso, os cônsules, antes de celebrar o casamento, informar-se se o direito local se opõe ou não, para evitarem a celebração de um casamento nulo e não infringirem uma lei do Estado local.

Outra conclusão *parece* resultar do texto, consistindo em os cônsules ou agentes diplomáticos poderem celebrar o casamento entre português e portuguesa, mesmo que a lei local se oponha aos casamentos diplomáticos e consulares. E a conclusão antolha-se legítima, pois que o texto diz muito claramente *«salvo neste último caso*, se a isso se opuser a lei local», sendo incondicionada a competência quando ambos contraentes sejam portugueses, quer a lei local se oponha quer deixe de opor-se.

O preceito briga, porém, com o artigo 3.º do regulamento, onde se diz: «No desempenho da sua missão, devem os funcionários consulares atender escrupulosamente à situação que lhes resulta dos tratados e convenções do Estado respectivo com Portugal, assim como das leis e usos do país onde residem, a fim de que o seu procedimento seja sempre correcto e conforme com êsses tratados, leis e usos».

É esta a doutrina correcta. A não ser que exista entre Portugal e o Estado local um tratado ou convenção que permita os casamentos diplomáticos ou consulares, quando êles sejam em geral proïbidos pelo direito local, os cônsules ou

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 446.
(2) Vide Rodrigo Octávio, *Direito do estranjeiro no Brasil*, pág. 189; e o nosso *Direito internacional privado no código civil brasileiro*, pág. 87 e 88.

agentes diplomáticos devem abster-se de celebrar o casamento, pois, de contrário, o seu procedimento deixará de ser correcto e conforme às leis locais e pode provocar um conflito entre o Govêrno português e o govêrno local.

Mas, se apesar de tudo, celebrarem o casamento, qual o valor dêste? Os tribunais portugueses devem considerá-lo válido, embora ao Govêrno possa ser exigida responsabilidade pelo facto da celebração do casamento.

Tal é a solução que resulta do texto e da doutrina que estabelecemos acêrca da contradição entre o direito interno e o direito internacional (1).

Ainda convém fazer uma observação relativa aos casos em que ao cônsul ou ao agente diplomático a lei local permita celebrar casamentos. Não devem êles celebrar casamentos que sejam contrários às leis portuguesas de ordem pública proïbitiva e devem celebrá-los quando os impedimentos da lei nacional sejam contrários às leis de ordem pública permissiva. A posição do cônsul ou do agente diplomático deve supor-se igual à do oficial do registo civil que celebra casamentos em território português. Esta doutrina tem, porém, um limite, sendo êsse limite que pretendemos sinalar. Se a futura esposa for nacional do Estado local e na lei dêste Estado houver um impedimento que pareça contrário às leis portuguesas de ordem pública, o agente consular ou diplomático não deve celebrar o casamento. Celebrá-lo, seria desacatar a lei local e aqueles agentes têm por dever respeitar as leis do Estado onde exercem as suas funções. E, do mesmo modo, deverá o cônsul abster-se de celebrar o casamento, quando houver um impedimento segundo a lei local que esta declare aplicável aos casamentos celebrados por agentes diplomáticos ou cônsules estranjeiros, pois se trata de um caso nítido de oposição aos mesmos casamentos.

335 — II — *Casamentos diplomáticos e consulares de estranjeiros em Portugal.* Nem o decreto de 25 de dezembro de 1910, nem o código do registo civil reconhecem expressamente aos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros em Portugal a faculdade de celebrar casamentos dos

(1 Volume I, n.º 19.

seus nacionais, parecendo até que o decreto de 1910 lhes negou essa faculdade, pois, por um lado, ao passo que reconheceu expressamente a competência matrimonial dos agentes diplomáticos e consulares portugueses (artigo 58.º, § 2.º); nada disse acêrca do reconhecimento da competência dos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros, e, por outro lado, sujeitou os estranjeiros que se casem em Portugal aos impedimentos e *formalidades* da lei portuguesa (artigo 62.º), e é certo que os agentes diplomáticos estranjeiros não poderiam casar os seus nacionais na *forma* da lei portuguesa.

É, todavia, nosso parecer que o autor do decreto de 1910 não teve o pensamento de não reconhecer aos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros a faculdade de celebrar casamentos, quando a isso sejam autorizados pela lei do seu país.

Em primeiro lugar, o autor do decreto, assim como sancionou a prática, seguida por muitos Estados civilizados, de admitir os casamentos diplomáticos e consulares dos nacionais, assim também se deve entender que sancionou a prática correspondente que reconhece os casamentos diplomáticos e consulares dos estranjeiros.

Depois, não podia o legislador desconhecer o princípio de reciprocidade em que assenta o sistema de relações entre os estados civilizados e, por isso, conferindo competência aos agentes diplomáticos e consulares portugueses para celebrar casamentos em país estranjeiro, implicitamente reconheceu aos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros a faculdade de celebrarem casamentos em Portugal, se a legislação do seu país lhes atribuir essa faculdade.

Por fim, foi no sentido do reconhecimento dos casamentos diplomáticos e consulares de estranjeiros no Brasil a interpretação oficial do decreto brasileiro de 1890, que foi, relativamente ao casamento de nacionais no estranjeiro e de estranjeiros no país, a fonte principal do decreto de 1910 (1).

Como o decreto brasileiro nada dissesse sôbre a possibilidade de os agentes diplomáticos e consulares estranjeiros celebrarem casamentos no Brasil, e as legações alemã e inglesa solicitassem do Govêrno federal esclarecimentos sôbre o

(1) Vide *Revista* citada, ano XLIII, n.º 1853, pág. 435.

assunto, o ministro das relações exteriores, depois de ouvir o ministério da justiça, respondeu às duas legações, em notas de 11 de outubro de 1890, que não seria lícito supor que o Brasil e outros países que, por suas leis, dão competência aos seus agentes no estranjeiro para celebrarem casamentos de seus respectivos súbditos, deixem de reconhecer *reciprocamente* valor aos que forem celebrados em seus territórios pelos funcionários diplomáticos e consulares de outro país investidos de iguais atribuïções, e que, por isso, o Govêrno da República não duvidaria reconhecer a competência matrimonial dos agentes diplomáticos e consulares pertencentes aos Estados que reconhecessem igual competência aos agentes diplomáticos e consulares brasileiros (1).

Pensamos, pois, que, em princípio, os agentes diplomáticos e consulares estranjeiros podem celebrar em Portugal casamentos de súbditos do país que representam.

Qual será, porém, a extensão da competência dos agentes diplomáticos ou cônsules estranjeiros para celebrarem casamentos em Portugal?

As nossas leis internas nada dizem sôbre o assunto. Foi êste, porém, regulado em duas convenções, a convenção consular com a Holanda, de 1 de dezembro de 1880 (art. 15.º) e a convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre o casamento (artigo 6.º), estabelecendo ambas a doutrina de que os cônsules poderão celebrar casamentos dos seus nacionais, em harmonia com as leis do seu país, *se nenhum dos contraentes for nacional do Estado local.*

O nosso direito convencional é, pois, no sentido de permitir os casamentos diplomáticos e consulares de estranjeiros, uma vez que a lei do Estado representado pelos agentes diplomáticos ou cônsules o permita e que nenhum dos nubentes seja português.

Será no mesmo sentido a nossa lei comum?

Por informação que nos foi dada pelo Ministério dos Negócios Estranjeiros, o ministro de Inglaterra enviou uma nota ao Govêrno português sôbre a competência dos cônsules britânicos para celebrarem casamentos de súbditos ingleses com mulher portuguesa. O Govêrno respondeu, em nota

(1) Dr. Rodrigo Octávio, ob. cit., pág. 190, nota 197 a

da 29 de junho de 1918, que os cônsules ingleses poderiam celebrar tais casamentos, desde que fôsse estabelecida a reciprocidade. A doutrina desta nota é já mais latitudinária que as convenções acima referidas, pois reconheceu a possibilidade de nos consulados estranjeiros casarem mulheres portuguesas, desde que, no respectivo país, a mesma faculdade fôsse reconhecida aos cônsules portugueses.

Será, pois, a doutrina da referida nota aquela que deve estabelecer-se em face do nosso direito português comum?

Cremos que o regulamento consular vigente autoriza uma doutrina ainda mais latitudinária.

Com efeito, aquele regulamento supõe a competência dos cônsules portugueses para celebrar casamentos entre português e mulher estranjeira, mesmo do Estado local (artigo 145.º), e, por isso, parece que, por virtude da correspondência que é lícito admitir entre a competência matrimonial dos cônsules portugueses e a competência dos cônsules estranjeiros, é lógica a doutrina de que êstes cônsules poderão celebrar casamentos entre um seu nacional e mulher portuguesa, independentemente de reciprocidade, que não é estabelecida em qualquer diploma legislativo.

Um limite deve, porém, em nosso entender, assinalar-se a esta doutrina. É que a mulher portuguesa que case com um estranjeiro perca, pelo casamento, a nacionalidade portuguesa, o que acontece sempre que ela adquira a nacionalidade do marido (Código civil, artigo 22.º, n.º 4.º). E isto pela razão de que não é legítimo privar a autoridade portuguesa de intervir no casamento de um português celebrado em Portugal, se êsse português conservar a nacionalidade portuguesa.

Trata-se, porém, de um ponto muito delicado, em que o legislador precisa de intervir, para acabar com todas as incertezas, sempre perniciosas em matéria de direito matrimonial.

Mas resolvida a questão da competência, qual a lei reguladora dos casamentos diplomáticos ou consulares celebrados em Portugal?

A forma do casamento será, evidentemente, a estabelecida pela lei do Estado representado pelo agente diplomático ou consular.

Quanto às condições de validade intrínseca, tem o agente

de observar as regras de conflitos de leis estabelecidas, quer pelos tratados concluídos entre o Estado que representa e os demais Estados, quer pelo direito interno do mesmo Estado. O direito internacional privado para êle obrigatório é o aceito nos tratados pelo Estado que representa ou por êste Estado formulado nas suas leis.

Se, porém, o casamento tiver de ser apreciado pelos tribunais portugueses, terão êstes de verificar se foi aplicada a lei competente segundo as regras portuguesas de conflitos das leis e se o casamento contraria as leis portuguesas de ordem pública internacional. É a lógica dos princípios que temos estabelecido.

336 — Em harmonia com o princípio *locus regit actum*, que aceitou em geral no artigo 24.° e que aplicou ao casamento de portugueses em país estranjeiro no artigo 1065.°, dispôs o Código civil, no artigo 1085.°, que o casamento contraído em país estranjeiro poderia provar-se por qualquer meio de prova, se nesse país tais actos não estiverem sujeitos a registo regular e autêntico.

Embora com fórmula diferente, foi o mesmo princípio estabelecido pelo artigo 61.° do decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, onde se determina que os casamentos celebrados em país estranjeiro poderão provar-se por qualquer dos meios legais admitidos no mesmo país, excepto quando celebrados perante os agentes diplomáticos ou consulares portugueses, devendo, nesse caso, a prova ser feita em harmonia com a lei portuguesa.

E esta doutrina de que o casamento celebrado em país estranjeiro pode ser provado em harmonia com a lei do lugar da celebração foi confirmada pelo artigo 144.°, §§ 1.° e 2.°, do regulamento consular, que determina que os portugueses podem casar em país estranjeiro pela *forma usada* (§ 1.°) ou *legalmente exigida* (§ 2.°) no país onde for celebrado o casamento, e pelo artigo 237.° do mesmo regulamento, onde se dispõe, como já tivemos ocasião de dizer, que «os actos que, na sua forma externa, se harmonizarem com as disposições da lei do país em que forem escritos ou celebrados produzirão efeitos em território português, nos termos e condições dos artigos 24.°, 964.°, 979.°, 1065.°, 1066.°, 1085.°, 1106.°, 1961.°, 2406.°, 2430.° e 2479.° do Código civil, e artigos 4.°, n.° 3.°, 12.° e 96.° do Código comercial».

E em harmonia com a mesma doutrina julgou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de abril de 1921 (1), decidindo que o casamento celebrado em país estranjeiro poderá provar-se por qualquer meio de prova, se nesse país não estiver sujeito a registo regular e autêntico.

O verdadeiro alcance da doutrina exposta sòmente poderá, porém, determinar-se em face dos preceitos das nossas leis que mandam transcrever em Portugal os casamentos de portugueses celebrados em país estranjeiro, dos quais nos ocuparemos no número seguinte.

337 — O Código civil, ao mesmo tempo que determinou que o casamento celebrado em país estranjeiro podia provar-se por qualquer meio de prova, se o casamento não estivesse sujeito nesse país a registo regular e autêntico, dispôs no artigo 2479.°: «Todo o português que contrair matrimónio, em país estranjeiro, deverá, no prazo de três meses, contados desde o dia em que voltar ao reino, fazer lançar, no registo civil do lugar onde estiver domiciliado, o assento do seu casamento, apresentando ao oficial do registo civil documento autêntico, pelo qual prove que o casamento foi legìtimamente celebrado».

O não cumprimento dêste preceito tinha apenas a sanção do artigo 1202.° daquele Código, o qual dispõe que a acção concedida aos cônjuges contra os actos praticados por um ou outro sem a devida autorização não é admitida no casamento celebrado em país estranjeiro e não publicado em Portugal, em conformidade da lei.

Êste regime foi, porém, substituído, primeiro, pelo artigo 242.° do Código do registo civil e, depois, pelos artigos 169.° e 170.° do regulamento consular, que, fundamentalmente, reproduziram aquele artigo 242.° e cuja letra diz:

«Artigo 169.° Os registos dos casamentos de portugueses, celebrados no estranjeiro perante autoridades estranjeiras, serão transcritos em Portugal, a requerimento do interessado, à vista dos documentos legalmente necessários, quando não

(1) *Colecção*, XX, pág. 129.

sistema tradicional do direito inglês (1), ainda hoje é o sistema preponderante do direito norte-americano (2), assim como é o sistema do direito argentino (Código civil, artigo 159.º), do tratado de Montevideo sôbre direito civil (artigo 11.º) e, até certo ponto, o sistema do direito suíço, quanto aos suíços que se casem em país estranjeiro (3). Êste sistema representa, claramente, uma idea de subordinação exagerada do casamento à lei do lugar onde é celebrado.

b) O sistema da competência da *lei do domicílio*, que se relaciona historicamente com a doutrina estatutária italiana (4) e foi propugnado por Savigny (5), informava o direito alemão anteriormente ao código civil (6) e é hoje o sistema do direito inglês (7). Êste sistema é já um sistema *personalista*, emquanto submete a validade intrínseca do casamento à lei pessoal, tem, portanto, o mérito de emancipar o casamento da exclusiva influência da *lex loci*, mas apresenta ainda o defeito de considerar como lei pessoal a lei do domicílio, a qual deve, em nosso conceito, ceder o passo à lei nacional (8).

c) O sistema da competência da *lei nacional* é o sistema preponderante na doutrina, como bem o mostra a deliberação do Instituto de direito internacional, na sessão de Lausanne de 1888, onde adoptou a resolução de que, para contrair casamento, devem os futuros cônjuges satisfazer às condições estabelecidas pela sua lei nacional respectiva (9), e é também o sistema mais geralmente seguido pelas legislações. Sendo iniciado pelo código Napoleão de modo expresso, quanto aos franceses que se casassem em país estranjeiro, tornou-se sucessivamente o sistema do direito de muitos Estados, designadamente, do direito alemão, belga, brasileiro, espanhol, francês, holandês, húngaro, italiano (quanto aos italianos que se casem em país estranjeiro), japonês, luxemburguês, português, rumeno, sueco e suíço (quanto aos estranjeiros que casem na Suíça) (1). O predomínio do sistema na doutrina e no direito positivo é um claro sinal da sua superioridade scientífica, a qual deriva, incontestàvelmente, de êle ser o sistema que melhor corresponde à necessidade de coordenar a lei reguladora da constituïção do estado de cônjuge com as condições pessoais dos indivíduos em quem êle se constitui e com a estabilidade que deve ter a lei que rege as condições de existência da personalidade individual (2).

d) O sistema da *competência cumulativa da lei nacional e da lei do lugar da celebração* foi o sistema da lei federal suíça de 24 de dezembro de 1874, do decreto brasileiro n.º 181, de 24 de janeiro de 1890 (artigo 48.º) e do decreto português de 25 de dezembro de 1910 (artigo 62.º), e ainda hoje é o sistema do código civil italiano (artigo 102.º), quanto ao casamento de estranjeiros no Estado local. Semelhante sistema representa o exagêro de uma idea justa, qual é a de que a lei nacional competente para reger a validade intrínseca do casamento deve ser limitada na sua aplicação pelas leis locais de ordem pública internacional, pois é evidente que nem todos os impedimentos da lei do lugar da celebração se podem considerar de ordem pública internacional, para a todos se deverem submeter os estranjeiros que casem no Estado local. E a prova da inconsistência do sistema está em que êle já foi abandonado pela lei suíça, pela lei brasileira e pela lei portuguesa, persistindo apenas na lei italiana, que, neste ponto, é, justamente criticada.

Das considerações que ficam feitas, resulta que o sistema predominante é o que atribui competência à lei nacional.

Êste sistema não pretende, porém, que a lei nacional seja

(1) Orescu, ob. cit., pág. 130; Dreyfus, ob. cit., pág. 224, nota 2; Weiss, *Traité*, III, pág. 463.
(2) Orescu, ob. cit., pág. 132; Meili, ob. cit., pág. 224; Wharton, ob. cit., I, n.º 135 a.
(3) Como acima foi dito (Supra, n.º 312), o código civil suiço (Titulo final, artigo 59.º, alíneas *c*) e *f*) considera válido o casamento de suiços em país estranjeiro, celebrado quer em harmonia com a lei do lugar da celebração quer em harmonia com a lei suiça.
(4) Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 224.
(5) Ob. cit., § 179.
(6) Orescu, ob. cit., pág. 142.
(7) Dicey, *Le statut personnel*, I, pág. 12 e 286, e *Conflit of laws*, pág. 613; Meili, ob. cit., pág. 224; Weiss, *Traité*, III, pág. 463.
(8) L. I, pág. 413 e seg.
(9) *Annuaire*, IX, pág. 126 e seg.

(1) Vide: Códigos civis — alemão, lei de introdução, artigo 13.º, francês, belga e luxemburguês, artigo 3.º e 170.º, brasileiro, Introdução, artigo 8.º, espanhol, título prel., artigo 9.º, holandês, artigo 6.º, italiano, título prel., artigo 6.º, rumeno, artigo 2.º, suiço, título final, artigo 59.º, alínea 7 *c*); lei húngara XXXI de 1894, artigos 108.º e 110.º; lei japonesa, artigo 13.º; regulamento consular português, artigo 143.º; lei sueca de 8 de julho de 1904, capítulo I, §§ 1.º e 2.º Conf.: Orescu, ob. cit., pág. 162 e seg.; Dreyfus, ob. cit., pág. 230; Weiss, *Traité*, III, pág. 466.
(2) L. I, n.º 131.

aplicada em toda a sua extensão, considerando legítimo que possam limitar a sua aplicação as leis de ordem pública internacional do país da celebração do casamento.

Tal é o sistema da convenção da Haia, que estudámos e que representa, à parte pormenores de regulamentação, a mais perfeita organização do regime jurídico internacional da validade intrínseca do casamento.

328—O primeiro diploma que, em Portugal, regulou o regime jurídico internacional das condições de validade do casamento foi o Código civil.

Coerentemente com o princípio, estabelecido no art. 24.°, de que o estado e a capacidade dos portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro são regulados pela lei portuguesa, formulou nos artigos 1065.° e 1066.° as seguintes disposições: «Art. 1065.° O casamento contraído em país estranjeiro entre portugueses, não produz efeitos civis neste reino, não sendo contraído em conformidade da lei portuguesa; salvo o que se acha estabelecido na segunda parte do artigo 24.° quanto à forma externa do contrato». «Art. 1066.° O casamento contraído em país estranjeiro, entre português e estranjeira ou entre estranjeiro e portuguesa, produz efeitos civis neste reino, verificando-se, relativamente ao cônjuge português, as condições requeridas pela lei portuguesa». Era, assim, o código expresso quanto às condições de validade intrínseca do casamento celebrado em país estranjeiro, na hipótese de o casamento ser celebrado entre portugueses e, relativamente ao cônjuge português, na hipótese de casamento entre português e estranjeira ou entre estranjeiro e portuguesa.

Mas qual a lei reguladora das condições de validade intrínseca quanto a estranjeiros que casassem com portugueses no estranjeiro ou em Portugal, e quanto a estranjeiros que entre si casassem em Portugal?

Relativamente à capacidade matrimonial, isto é, à teoria dos impedimentos, devia ser a sua lei nacional, pois que a lei nacional é, segundo o artigo 27.° do Código civil, a lei geral da capacidade dos estranjeiros, e deve ser aplicada sempre que não haja disposição em contrário ou à sua aplicação não obstem as leis de interesse e ordem pública.

Relativamente às outras condições de validade intrínseca, ainda deveria aplicar-se a lei nacional, por analogia do disposto nos artigos 1065.° e 1066.° quanto a portugueses. Desde que o legislador sujeitava os portugueses à lei portuguesa, e nada dizia a respeito de estranjeiros, era legítimo concluir que não quis sujeitá-los à lei portuguesa, e que, por justa analogia, deviam considerar-se sujeitos à lei do seu país.

O decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, remodelando, em parte, o direito matrimonial português, revogou expressamente (artigo 72.°) os artigos 1065.° e 1066.° do Código civil e, ao mesmo tempo, estabeleceu as seguintes disposições acêrca do casamento de portugueses em país estranjeiro e acêrca do casamento de estranjeiros em Portugal:

«Artigo 58.° O casamento de portugueses no estranjeiro será regulado pelas disposições seguintes:

§ 1.° Se só um dos contraentes for português, o casamento poderá ser feito pela forma usada no país onde for celebrado.

§ 2.° Se ambos os contraentes forem portugueses, poderão casar, pela forma da lei nacional, perante o agente diplomático ou consular de Portugal, ou pela forma que legalmente for exigida no país onde for celebrado, se não contrariar os princípios do direito público português.

Artigo 62.° As disposições dêste decreto com fôrça de lei e do que regular o registo civil, relativas às causas de impedimento e às formalidades preliminares do casamento civil, serão aplicáveis aos casamentos de estranjeiros celebrados em Portugal».

Em face dêstes preceitos, parece-nos que a doutrina exacta era a seguinte:

a) As condições de validade intrínseca do casamento de portugueses celebrado em país estranjeiro eram reguladas pela lei do lugar da celebração, embora a eficácia do casamento estivesse subordinada às leis portuguesas de interesse e ordem pública. Por um lado, o decreto revogou expressamente os artigos 1065.° e 1066.° do Código civil, que regulava as condições de validade intrínseca do casamento de portugueses em país estranjeiro, e, por outro lado, estabelecendo o regime dêste casamento, apenas formulava, quanto às suas condições de validade, o preceito do artigo 58.°, donde

resultava lògicamente que a palavra *forma*, aí empregada, devia abranger tanto as condições de validade formal como as condições de validade intrínseca. E, demais, era esta a interpretação que no Brasil se dava ao artigo 47.º, § 2.º, do decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, donde as disposições do decreto português foram transcritas quási literalmente (1).

b) As condições de validade intrínseca do casamento de estranjeiros celebrado em Portugal eram reguladas, quanto a impedimentos, cumulativamente pela lei do seu país e pela lei portuguesa (Decreto, cit., artigo 62.º; código do registo civil, artigo 40.º, n.º 6.º), e, quanto a vícios do consentimento, pela lei do seu país, visto que a lei portuguesa, desde que também se mandava aplicar a lei estranjeira quanto a impedimentos, era aplicada a título de lei de ordem pública, e os vícios do consentimento devem ser regulados pela lei normal dos impedimentos.

Sendo assim, o regime do decreto de 1910 era um regime de tendências territorialistas, cheio de incoerências e tècnicamente imperfeitíssimo.

Êste regime foi, felizmente, modificado, embora sob uma forma defeituosa, pelo regulamento consular aprovado pelo decreto n.º 6462, de 7 de março de 1920. Eis as disposições do regulamento referentes ao assunto:

«Artigo 143.º *O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges.*

Artigo 144.º *O casamento dos portugueses no estranjeiro é regulado pelas disposições seguintes:*

§ 1.º *Se só um dos contraentes for português, o casamento poderá ser feito pela forma usada no país onde for celebrado.*

§ 2.º *Se ambos os contraentes forem portugueses, poderão casar pela forma da lei portuguesa, perante o agente diplomático ou consular de Portugal, ou pela forma que legalmente for exigida no país onde for celebrado, se não contrariar os princípios do direito público português, nem as estipulações de qualquer convenção de Portugal com êsse país, que regule os conflitos de leis e de jurisdições em matéria de casamento».*

(1) Vide *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 43.º, n.º 1853, pág. 433 e seg.

A fórmula *direito de contrair casamento* do artigo 143.º foi manifestamente transcrita da convenção da Haia de 1902 e, por isso, tem no regulamento o mesmo significado que tem na convenção, isto é, abrange todas as condições de validade intrínseca do casamento. E daí resulta o princípio importante de que a validade intrínseca dos casamentos celebrados nos consulados portugueses é regulada pela lei nacional dos futuros cônjuges, quer estes sejam portugueses, quer sejam estranjeiros, pois que o preceito do artigo 143.º é genérico, e nos consulados pode ser celebrado o casamento entre cidadãos portugueses ou entre cidadão português e mulher estranjeira (Regulamento consular, artigos 145.º, 149.º e 150.º, § 4.º).

Mas o preceito do artigo 143.º ainda é aplicável, segundo pensamos, ao casamento de portugueses em país estranjeiro celebrado perante as autoridades territoriais e ao casamento de estranjeiros celebrado em Portugal, isto é, aquele preceito constitui hoje um *princípio geral* do direito internacional privado português.

É esta a grande *restauração* operada pelo regulamento consular.

Que o preceito constitui um princípio geral de direito internacional privado, e não uma regra apenas aplicável aos casamentos celebrados nos consulados portugueses, resulta iniludívelmente das seguintes considerações: 1.º) na secção intitulada — *Do registo dos casamentos* —, o regulamento consular inseriu disposições que, clarissimamente, não respeitam apenas aos casamentos consulares, mas respeitam, em geral, ao casamento de portugueses em país estranjeiro, como são — α) o § 1.º e a 2.ª parte do § 2.º do artigo 144.º, acima transcrito, — β) o artigo 168.º, que dá competência aos funcionários diplomáticos e consulares para passarem *certificados de capacidade matrimonial* aos portugueses que pretendam contrair casamento em país estranjeiro, — γ) e o artigo 169.º, que reproduz o artigo 242.º do Código de registo civil, mandando transcrever em Portugal os casamentos de portugueses celebrados no estranjeiro perante autoridades

estranjeiras, o que mostra que o legislador não teve em vista apenas o regime dos casamentos diplomáticos ou consulares, mas o regime jurídico internacional geral do casamento; 2.º) o § 2.º do artigo 1.º do decreto que aprovou o regulamento consular, revogou, não só o regulamento consular anterior, de 24 de dezembro de 1903, mas *todas as demais disposições em contrário do que no regulamento agora aprovado se estatui*, e, por isso, deve entender-se que revogadas foram as disposições do decreto de 1910, que regulavam o regime jurídico internacional do casamento, naquilo em que essas disposições contrariam o regulamento consular; 3.º) o artigo 237.º do regulamento dá como vigentes os artigos 1065.º e 1066.º do Código civil, cuja doutrina já referimos, e que haviam sido expressamente revogados pelo artigo 72.º do decreto de 1910, claro sinal de que, com o preceito geral do artigo 143.º, o autor do regulamento quis restabelecer o *regime personalista* do casamento sancionado por aquele Código (1); 4.º) seria inadmissível incoerência admitir que o regulamento dissesse num preceito genérico que *o direito de contrair casamento* era regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, para restringir o preceito aos casamentos diplomáticos e consulares, pois isso conduziria à contradição de que, nesses casamentos, o regime da validade intrínseca do casamento seria um *regime personalista*, mesmo no que respeita à mulher estranjeira que case com cidadão português, e nos casamentos celebrados fora dos consulados teria de observar-se um *regime acentuadamente territorialista* (2).

(1) Antes da publicação do nóvo regulamento consular e, portanto, sôbre o decreto de 1910, Maurice Travers tinha sustentado, na *Revue Darras — de Lapradelle* (1911, pág. 283) a seguinte doutrina: «A legislação nova não poderá ser considerada, apesar da revogação dos artigos 1065.º e 1066.º do Código civil português pelo artigo 72.º do decreto-lei sôbre o casamento, de 25 de dezembro de 1910, como tendo rejeitado o princípio de que os portugueses que se casem em país estranjeiro devem observar as condições de validade intrínseca previstas pela lei portuguesa. Na falta de preceito especial em matéria de casamento, o artigo 24.º do Código civil português basta para justificar a conservação do princípio tradicional».

(2) Comparando a doutrina formulada no texto com o quadro de sistemas que traçamos no número anterior, vê-se claramente que o nosso direito, imitando, primeiro, o código Napoleão, se aproximou, depois, do código civil italiano, para, por fim, aceitar um sistema moldado pela convenção da Haia.

Aceitando como rigorosa a interpretação que damos ao regulamento consular, vejamos como deverá considerar-se organizado o regime jurídico internacional da validade intrínseca, já do casamento de portugueses em país estranjeiro, já do casamento de estranjeiros em Portugal.

329 — Perante a doutrina de que o regulamento consular revogou o decreto de 1910 acêrca do regime da validade intrínseca do casamento e de que o preceito do artigo 143.º daquele regulamento abrange, na sua generalidade, tanto o casamento de portugueses em país estranjeiro como o casamento de estranjeiros em Portugal, quer o casamento seja celebrado perante as autoridades territoriais, quer o seja perante os agentes diplomáticos ou consulares, é da maior simplicidade o regime jurídico internacional da validade intrínseca do casamento de portugueses em país estranjeiro, quando celebrado perante as autoridades locais, único de que por agora nos ocupamos, na hipótese de ambos os contraentes serem portugueses. O casamento é *inteiramente* regulado pela lei portuguesa. Os impedimentos serão os da lei portuguesa, a sua sanção é a estabelecida pela lei portuguesa, e haverá vícios do consentimento quando se verificarem as circunstâncias de que a lei portuguesa torna dependente a existência de êrro ou violência e, existindo, terão tais vícios os efeitos previstos pela lei portuguesa.

Na hipótese de um dos futuros cônjuges ser estranjeiro, o cônjuge português fica sujeito à lei portuguesa e o cônjuge estranjeiro à lei do seu país, quanto a impedimentos e a vícios do consentimento. É a aplicação do mesmo princípio.

Referimo-nos, bem entendido, ao critério de apreciação do casamento pelas autoridades e tribunais portugueses. O critério da sua apreciação por autoridades ou tribunais estranjeiros será, naturalmente, o estabelecido pelas regras de conflitos de leis do respectivo país.

330—II—A validade intrínseca do casamento de estranjeiros em Portugal é regulada *normalmente* pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges. É a doutrina que resulta da aplicação do artigo 143.º do regulamento consular, e era já a

doutrina firmada pelo artigo 40.º, n.º 6.º, do código de registo civil, em harmonia com o artigo 27.º do Código civil, que manda regular o estado e capacidade dos estranjeiros pela lei do seu país.

Uma dificuldade suscita, porém, a comparação do art. 143.º do regulamento consular com o artigo 62.º do decreto de 1910. Por êste artigo, os estranjeiros que casassem em Portugal estavam sujeitos a *todos* os impedimentos da lei portuguesa e, como estavam também sujeitos à lei nacional, por fôrça do artigo 40.º, n.º 6.º, do código do registo civil, resultava que os impedimentos tinham de determinar-se simultâneamente pela lei nacional e pela lei portuguesa. Sendo assim, aparece naturalmente a seguinte questão: o artigo 143.º do regulamento consular terá revogado o art. 62.º do decreto de 1910, visto haver mandado regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, sem que a seu lado apareça qualquer preceito que reproduza o preceito do referido artigo 62.º, ou continuará êste artigo em vigor, de modo que os estranjeiros que casem em Portugal ainda estejam sujeitos a todos os impedimentos da lei portuguesa?

Entendemos que o artigo 62.º do decreto de 1910 foi revogado pelo artigo 143.º do regulamento consular, pela razão simples de as duas disposições serem incompatíveis. Em verdade, se o regulamento consular determina que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, se no direito de contrair casamento se compreendem evidentemente os impedimentos, se, àparte a existência de preceito expresso, se deve entender que qualquer relação jurídica deve normalmente ser regulada por uma só lei, é lógica a conclusão de que os impedimentos do casamento dos estranjeiros não podem ser regulados cumulativamente pela sua lei nacional e pela lei portuguesa, aliás, em vez de *uma,* seriam regulados por *duas leis*. Demais, é para nós certo que o artigo 143.º do regulamento consular foi imitado do artigo 1.º da convenção da Haia de 12 de junho de 1902, e nesta convenção é evidente que a lei normal dos impedimentos não tem como limite *toda a lei* do lugar da celebração sôbre impedimentos, mas apenas a *parte dessa lei* considerada de ordem pública internacional.

E tal é a solução que actualmente consideramos exacta em face do direito português. A lei normal dos impedimentos do casamento de estranjeiros celebrado em Portugal é a sua lei nacional.

A lei nacional tem, porém, o limite constituído pela lei portuguesa de impedimentos, naquilo que esta lei deva considerar-se de ordem pública. Isto em virtude do princípio geral do nosso direito segundo o qual as leis estranjeiras não podem aplicar-se quando contrárias às leis portuguesas de ordem pública internacional (1), e em virtude do princípio que inspirou a convenção, imitada pelo artigo 143.º do regulamento consular, segundo a qual a lei normal dos impedimentos é limitada pelas leis de ordem pública internacional do lugar da celebração.

Como determinar, porém, quais são os preceitos de ordem pública internacional da lei portuguesa em matéria de impedimentos?

Como temos visto, a acção inibitória das leis de ordem pública tanto pode ser proïbitiva como permissiva. Começaremos a nossa análise pela

a) *Ordem pública proïbitiva.* Esta forma de ordem pública tem que determinar-se em face do quadro de impedimentos estabelecidos pela lei portuguesa, fixando os que, entre êles, devem ser opostos ao casamento de estranjeiros.

Êsse quadro de impedimentos é estabelecido pelos artigos 4.º a 10.º do decreto de 25 de dezembro de 1910, nos termos seguintes:

«Artigo 4.º Não podem contrair casamento:

1.º Os parentes por consangüinidade ou afinidade na linha recta, ainda que o casamento, causa da afinidade, tenha sido dissolvido;

2.º Os irmãos germanos, consangüíneos e uterinos, legítimos ou ilegítimos;

3.º Os menores de dezoito anos, do sexo masculino, e de dezasseis, sendo do feminino;

4.º Os interditos por demência, verificada por sentença

(1) Código comercial, artigo 4.º, § único, e artigo 12.º; Código de processo civil, artigo 1088.º, § 1.º, n.º 5.º; Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 58.º, § 2.º; Código do registo civil, artigo 242.º; Regulamento consular, artigos 144.º e 169.º.

passada em julgado, ou notória, e bem assim os divorciados por motivo de doença contagiosa, reconhecida como incurável, ou de doença incurável que importe aberração sexual;

5.° O cônjuge condenado como autor, ou como cúmplice, do crime de homicídio, ou de tentativa de homicídio contra o seu consorte, com qualquer dos condenados como autores ou cúmplices do mesmo crime;

6.° Os ligados por outro casamento ainda não dissolvido.

Artigo 5.° Ao maior de dezoito anos, sendo do sexo masculino, e de dezasseis, sendo do feminino, mas menor de vinte e um, não emancipado, é igualmente proïbido o casamento emquanto não obtiver o consentimento de seus pais ou daqueles que os representam, ou o suprimento dêsse consentimento em forma legal.

Artigo 7.° Aos maiores sob tutela, não compreendidos no n.° 4.° do artigo 4.°, bem como aos maiores sob curadoria, é proïbido o casamento emquanto não obtiverem o consentimento daqueles que os representam ou o suprimento dêsse consentimento em forma legal.

Artigo 8.° Também é proïbido contrair casamento aos parentes em terceiro grau na linha colateral, salvo se obtiverem dispensa, que só poderá ser concedida pelo Govêrno ocorrendo motivos ponderosos.

Artigo 9.° O tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos não poderão casar com a pessoa tutelada ou curatelada, emquanto não tiver passado um ano completo sôbre a cessação da tutela ou da curadoria, e não estiverem aprovadas as respectivas contas.

Artigo 10.° Qualquer dos ex-cônjuges não poderá contrair nôvo casamento emquanto não decorrerem sôbre a dissolução do seu casamento anterior por divórcio, ou por morte, os prazos marcados no artigo 55.° do decreto com fôrça de lei de 3 de novembro de 1910 (1).

Quais serão, dêstes impedimentos, os que deverão ser considerados de ordem pública internacional? Todos? Apenas alguns? E, neste caso, qual o critério para os determinar?

(1) Estes prazos são: seis meses para o marido e um ano para a mulher.

O código civil italiano (artigo 55.° a 69.° e 102.°), ao mesmo tempo que declara que a capacidade matrimonial do estranjeiro é regulada pela sua lei nacional, sujeita-o a todos os impedimentos da lei italiana. Semelhante preceito, embora represente um exagêro da acção inibitória do princípio da ordem pública internacional (1), significa, em todo o caso, que o código italiano considerou de ordem pública *todos* os impedimentos por êle estabelecidos.

Êste exagerado sistema foi imitado pelo decreto brasileiro n.° 181, de 24 de janeiro de 1890 (artigo 48.°) e, através dele, pelo nosso decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910 (artigo 62.°).

O sistema prevalece na Itália, mas já foi manifestamente abandonado no Brasil (Código civil, Introdução, artigo 8.°) e, entre nós, deve considerar-se também abandonado em face do artigo 143.° do regulamento consular, pela razão simples de que aquele artigo manda regular a capacidade matrimonial pela lei nacional e de que a nossa lei admite impedimentos que, evidentemente, não são de ordem pública internacional, como é, por exemplo, o impedimento que obsta ao casamento, sem autorização dos seus representantes, dos maiores de dezoito ou de dezasseis anos e menores de vinte e um, o qual torna o casamento simplesmente anulável, não podendo a anulação ser pedida senão pelo incapaz ou pelas pessoas que deviam prestar o consentimento (Decreto de 1910, artigos 5.°, 13.° e 14.°).

Menos rigoroso que o sistema do código italiano é o sistema seguido pelo tratado de Lima e pelo tratado entre a Colômbia e o Equador, que consideraram de ordem pública internacional os *impedimentos dirimentes* (artigo 12.°—artigo 11.°).

Êste sistema ainda era, porém, excessivo, por isso que pode haver impedimentos dirimentes que tornem o casamento simplesmente anuiável, fundando-se apenas no interesse individual dos interessados, e não devendo ser, por isso, de ordem pública internacional.

Mais afastado do rigor italiano é já o sistema do tratado

(1) Vide: Diena, *Diritto internazionale privato*, pág. 123; Anzilotti, *Corso di lezioni*, pág. 236.

de Montevideo. Êste tratado, adoptando (artigo 11.º) a doutrina seguida nos Estados Unidos (1) e na Argentina (Código civil, artigo 159.º), pela qual a validade intrínseca do casamento é regulada pela lei do lugar da celebração, dispõe que os Estados signatários se não obrigam a reconhecer o matrimónio celebrado em qualquer deles quando o afecte algum dos impedimentos de menoridade de catorze anos no homem e doze na mulher, de parentesco, legítimo ou ilegítimo, em linha recta por consangüinidade ou afinidade, ou entre irmãos, de conjugicídio, e de casamento anterior não dissolvido (artigo 11.º).

O tratado apenas considerou de ordem pública impedimentos dirimentes, mas fez selecção entre êsses impedimentos, restringindo-se aos de maior gravidade.

Mais afastado ainda do sistema italiano é o sistema da convenção da Haia, a qual considerou de ordem pública proïbitiva os impedimentos dirimentes absolutos de parentesco, de adultério e de conjugicídio e os impedimentos de carácter religioso e de casamento anterior.

Como o tratado de Montevideo, a convenção considerou de ordem pública só impedimentos dirimentes, mas nem todos os impedimentos desta natureza, apenas aqueles cujo respeito era imposto por uma forte exigência moral.

Segundo qual dêstes sistemas deveremos interpretar a nossa lei actual?

Pôsto de lado o sistema da lei italiana, que era o sistema do decreto de 1910, cremos que se impõe, em face do regulamento consular e da convenção da Haia, um sistema moldado pelo estabelecido nesta convenção: 1.º) porque o artigo 143.º do regulamento consular, imitando a convenção, quando dispõe que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, mostra que o legislador quis aproximar o direito português comum do regime do casamento estabelecido pela convenção; 2.º) e, sobretudo, porque a ordem pública ou é ou não é, não podendo, evidentemente, uma lei portuguesa não ser de ordem pública em relação aos Estados signatários da convenção e sé-lo em relação aos outros Estados, devendo, por isso, a convenção

(1) Wharton, ob. 1, § 135 a.

considerar-se como contendo a norma que estabelece o limite máximo dos impedimentos que podem ser opostos ao casamento de quaisquer estranjeiros.

Sendo assim, apenas deverão considerar-se de ordem pública internacional os impedimentos indicados nos n.os 1.º, 2.º, 5.º e 6.º do artigo 4.º do decreto de 1910, pois são êsses os únicos impedimentos que a convenção permite opor ao casamento de nacionais dos Estados contratantes. Isto não quere dizer que a convenção modificasse o direito português comum. Apenas significa que, sendo o conceito de ordem pública internacional um conceito *móvel*, Portugal, aceitando convenção, com o critério de ordem pública que ela fixou, revelou o que, em matéria de impedimentos, os seus tribunais devem considerar de ordem pública internacional.

b) *Ordem pública permissiva.* No lugar próprio, aceitámos a doutrina de que as leis de ordem pública também podem exercer uma função *permissiva* (1), doutrina que foi reconhecida expressamente pelo artigo 3.º da convenção.

Em face dessa doutrina, as leis portuguesas de ordem pública internacional poderão conduzir à *permissão* de um casamento proïbido pela lei nacional. Mas quando?

Em princípio, a *proïbição* estabelecida por uma lei estranjeira deve ser substituída pela *permissão* estatuída pela lei portuguesa, como lei de ordem pública internacional, quando a divergência entre as duas leis seja essencial e o preceito da lei portuguesa não possa consentir, por um motivo de ordem moral, de ordem económica ou de ordem política, que se renuncie mediante um acto de vontade à permissão que êle estabelece (2).

Como deverá, porém, ser aplicado o princípio em matéria de impedimentos do casamento?

Ainda aqui procede, claramente, a consideração, que acima fizemos, de que a ordem pública ou é ou não é, e de que, por isso, não poderão os tribunais portugueses considerar o mesmo impedimento contrário ou não contrário às leis portuguesas de ordem pública internacional, segundo êle seja

(1) L. 1, n.º 177.
(2) L. 1, n.º 170 e nota 1 da pág. 564.

estabelecido pela lei de um Estado signatário da convenção da Haia, ou o seja pela lei de qualquer outro Estado.

Sendo assim, uma primeira regra se poderá estabelecer como certa: quanto aos impedimentos que existam nas leis dos Estados contratantes, apenas poderão deixar de acatar-se aqueles que podem deixar de ser acatados em relação àqueles Estados.

Desta regra deriva a conclusão de que poderão e deverão deixar de reconhecer-se os impedimentos de *disparitas cultus* e de *votum*, que são os únicos que, existindo nas leis dos Estados contratantes, podem deixar de ser respeitados quanto ao casamento dos súbditos dos mesmos Estados (1).

A regra apontada deve, porém, ser completada, por outra regra, que também consideramos certa, embora seja menos precisa: dos impedimentos que estejam fora do quadro de impedimentos existentes no território convencional, as autoridades e tribunais portugueses poderão não reconhecer como contrários às leis portuguesas de ordem pública internacional aqueles que repugnem aos princípios fundamentais em que assenta o direito matrimonial português. No número dêsses impedimentos, estão, por exemplo: o *impedimento de raça*, estabelecido pela lei da Lüisiana e do Texas (2), segundo a qual é proïbido o casamento entre um indivíduo da raça branca e um indivíduo de côr, o *impedimento de indigência*, que transforma a pobreza em obstáculo ao casamento, o *impedimento de morte civil*, como conseqüência da privação total ou parcial da personalidade, e o *impedimento de levinato*, do direito mosaico, segundo o qual, quando um israelita morre sem filhos, os irmãos têm o direito, por ordem de idades, de casar com a cunhada viúva, não podendo esta contrair casamento com um estranho sem a declaração, por parte dos cunhados, de que não a pretendem em casamento (3). Todos êstes impedimentos representam uma flagrante violação dos direitos de personalidade ou de igualdade jurídica, não podendo ser respeitados pelas autoridades e tribunais portugueses, ainda

(1) Supra, pág. 381.
(2) Weiss, *Traité*, III, pág. 483 e 481.
(3) Weiss, *Traité*, III, pág. 484; *Clunet*, 1909, pág. 757; Buzzati, ob. cit., pág. 236.

que estabelecidos pela lei normalmente competente para reger os impedimentos.

331—Conhecido o regime do direito português comum acêrca da lei reguladora do direito de contrair casamento e, portanto, da capacidade matrimonial, segue-se determinar como esta capacidade deverá ser provada, para que os portugueses possam contrair casamento em país estranjeiro e os estranjeiros possam contrair casamento em Portugal.

A prova da capacidade matrimonial dos portugueses que se casem em país estranjeiro perante as autoridades locais tem de ser feita em harmonia com a lei do lugar da celebração. Essa lei determinará, pois, a espécie de prova que êles devem apresentar.

Na previsão, porém, de que a lei do país da celebração exija ou considere suficiente um certificado do agente diplomático ou consular do país dos nubentes, deu o regulamento consular competência aos agentes diplomáticos e consulares portugueses para êsse efeito, no artigo 168.º, assim redigido: «Os funcionários diplomáticos e consulares podem passar, a pedido dos interessados portugueses, um certificado provando que satisfizeram às condições necessárias exigidas pela lei portuguesa para contraírem matrimónio, ou qualquer documento que sirva de outro meio de prova, contanto que as convenções internacionais existentes, ou as autoridades do país da projectada celebração do casamento reconheçam como suficiente esta justificação».

Êste preceito devia tornar-se extensivo aos conservadores e oficiais do registo civil, para a hipótese de a lei local não considerar suficiente o certificado passado pelos agentes diplomáticos e consulares, ou para a hipótese de não haver no país da celebração êsses agentes, e a lei local considerar suficiente o certificado das autoridades territoriais do país dos nubentes.

A prova da capacidade matrimonial dos estranjeiros que se casem em Portugal é regulada pela lei portuguesa.

Quanto aos casamentos sujeitos ao regime da convenção da Haia de 1902, já vimos que é expresso o artigo 245.º do código do registo civil.

Como fazer, porém, a prova quanto aos casamentos sujeitos ao direito português comum?

Em face daquele artigo do código do registo civil, sustentou a *Revista de legislação e de jurisprudência* (1) que, no silêncio da lei acêrca do modo de verificar se os estranjeiros pertencentes a Estados não signatários da convenção da Haia tinham a capacidade matrimonial exigida pela sua lei nacional, e entre o *processo do edital*, destinado a verificar a não existência de impedimentos segundo a lei portuguesa, e o *processo do certificado ou da justificação avulsa*, destinado a verificar a capacidade matrimonial dos súbditos de Estados signatários da convenção da Haia, segundo a sua lei nacional, devia optar-se por êste último processo, por ser aquele que melhor correspondia ao fim que se tinha em vista, que era averiguar a capacidade matrimonial dos nubentes e aquele que o legislador presuntivamente estabeleceria, se pensasse directamente no assunto.

A doutrina da *Revista* tem hoje a apoiá-la o § 4.º do artigo 150.º do regulamento consular, segundo o qual, quando, num casamento diplomático ou consular, a mulher for estranjeira, a justificação da sua capacidade jurídica, segundo a sua lei nacional, pode ser feita mediante certificado passado pelo respectivo agente diplomático ou consular, ou pelo funcionário local competente.

Perante êste preceito, é certamente legítima a doutrina, como já notámos (2), de que a capacidade matrimonial de estranjeiros que casem em Portugal perante as autoridades portuguesas pode ser provada por certificados tanto dos agentes diplomáticos e consulares do seu país, como dos funcionários locais do mesmo país, pois a situação da mulher estranjeira que casa num consulado português é certamente semelhante à dos estranjeiros que casem em Portugal perante as autoridades portuguesas.

Por outro lado, como o artigo 245.º do código do registo civil equipara, para o efeito da prova da capacidade matrimonial, o certificado diplomático ou consular e a justificação avulsa, bem pode estabelecer-se a doutrina de que

(1) Ano 44.º, n.º 1861, pág. 18.
(2) Supra, pág. 388.

os estranjeiros que pretendam casar em Portugal, devem provar a sua capacidade matrimonial mediante certificado, quer dos agentes diplomáticos ou consulares do seu país, quer do funcionário competente do mesmo país, ou mediante justificação avulsa perante o juiz de direito da respectiva circunscrição.

332 — No estudo do regime jurídico internacional da forma do casamento segundo o direito português comum, trataremos separadamente do casamento de portugueses em país estranjeiro e do casamento de estranjeiros em Portugal.

I — *Casamento de portugueses em país estranjeiro.* A forma dêste casamento é, sem a mínima dúvida, regulada pela lei do lugar da celebração. É terminante a disposição do artigo 144.º do regulamento consular, acima transcrito (1), como já antes o era o Código civil (artigo 1065.º) e o decreto de 25 de dezembro de 1910 (artigo 58.º).

Em face dêste decreto, para demonstrar que a validade intrínseca do casamento era regulada pela lei local, era necessária uma demonstração, visto que a palavra *forma* exprime usualmente apenas a forma extrínseca. Para a forma externa, essa demonstração não era necessária.

Contudo, se o princípio geral não oferece dúvidas, uma grave dificuldade se apresenta relativamente à aplicação do mesmo princípio. Resulta essa dificuldade da comparação do final do § 2.º do artigo 58.º do decreto e do § 2.º do artigo 144.º do regulamento consular com as disposições do mesmo decreto e do código do registo civil que tornam obrigatório e exclusivamente válido o casamento civil.

Com efeito, o decreto e o regulamento consular reconhecem o casamento celebrado pela *forma que for legalmente exigida no país onde for celebrado e não contrariar os princípio do direito público português*, e os artigos 3.º, 45.º e 63.º do decreto de 1910, e 2.º, 8.º, 38.º, n.º 3.º, 177.º, e 312.º a 316.º do Código do registo civil, não só tornam obrigatório o casamento civil e negam efeitos jurídicos a qualquer outra forma de casamento, mas até formulam pênas para aqueles que celebrarem ou assistirem a casamentos religiosos anteriores ao casamento civil, o que mostra que

(1) Supra, pág. 138.

é de ordem pública o preceito que estabelece e torna obrigatório o casamento civil. Ora, semelhantes disposições fazem nascer naturalmente a questão — se os portugueses poderão casar religiosamente em país estranjeiro onde o casamento religioso seja uma forma legal do casamento ou seja mesmo a única forma de casamento, ou se a forma religiosa do casamento de portugueses em país estranjeiro *contrariará* o direito público português.

Nos países de casamento civil obrigatório, como são, por exemplo, a França e a Itália, e onde se estabelece que o casamento de nacionais em país estranjeiro será regulado quanto à forma pela lei do lugar da celebração, é doutrina corrente que, permitindo a lei local, ou concorrentemente com o casamento civil, ou exclusivamente, o casamento religioso, podem os nacionais casar válidamente, quer pela forma religiosa ou pela forma civil, se uma e outra forem permitidas, quer pela forma religiosa, se só esta for reconhecida (1). Deriva esta doutrina, já da aplicação do princípio geralmente aceito de que a forma dos actos jurídicos é regulada pela lei do lugar da celebração — *locus regit actum*, já da consideração de que as leis de forma são de competência localizada, não devendo aplicar-se fora do território do Estado legislador, já de que, a admitir-se a doutrina contrária, poderiam os nacionais encontrar-se na impossibilidade de contrair casamento válido em país estranjeiro, quando aí não fôsse reconhecido senão o casamento religioso, e o casamento diplomático ou consular não fôsse permitido pelo Estado local, ou não fôsse possível, quer por a legislação nacional não o reconhecer, quer por não haver agente diplomático ou consular na localidade.

Cremos que a mesma doutrina deverá ser seguida em face do nosso direito, apesar do carácter genérico da fórmula — *e não contrariar os princípios do direito público português*, que se lê no decreto de 1910 e no regulamento consular, e apesar da resolução em contrário da Conservatória geral do registo civil (2).

(1) Buzzati, ob. ci., pág. 219; Weiss, *Traité*, III, pág. 530; Despagnet, *Précis de droit international privé*, pág. 712.
(2) *Boletim da conservatória geral*, n.º 7, pág. 107.

Eis os fundamentos da nossa opinião:

a) É certo que o decreto de 1910 tornou obrigatório e exclusivamente válido o casamento civil. Mas o seu preceito limita-se ao *território da República*. É o que resulta dos artigos 45.º e 63.º. No primeiro, lê-se: «A celebração do *casamento contraído na República*, depois de decretada a obrigatoriedade do registo civil, deve ser provada por certidão extraída do mesmo registo». No segundo, repete-se a mesma idea: «Êste decreto com fôrça de lei começará a ter execução juntamente com o decreto com fôrça de lei estabelecendo a obrigatoriedade do registo civil dos nascimentos, casamentos e óbitos, e dessa data em diante só serão considerados válidos os *casamentos celebrados no território da República*, se o forem de acôrdo com as disposições dos dois diplomas». Vê-se, pois, que o legislador quis limitar ao território português a obrigatoriedade do casamento civil.

b) O artigo 61.º do mesmo decreto declara que os casamentos contraídos em país estranjeiro poderão provar-se por *qualquer dos meios legais admitidos no mesmo país*, sem acrescentar a restrição que se lê no § 2.º do artigo 58.º — *e não contrariar os princípios do direito público português*, e, por isso, deve entender-se que também é admitido como prova o certificado do registo paroquial, se o casamento religioso for admitido no país, e que a apresentação de tal certificado não é contrária aos princípios do direito público português.

c) Tanto o artigo 58.º do decreto como o artigo 144.º do regulamento consular, sendo êste posterior ao código do registo civil, dispõem que os portugueses podem casar em país estranjeiro segundo a *forma usada* ou *exigida* onde o casamento for celebrado, o que claramente reconhece a legitimidade do casamento religioso, quando esta forma de casamento for usada ou exigida no país da celebração. E esta doutrina ainda é confirmada pelo artigo 237.º do regulamento consular, que dá como vigentes os artigos 1065.º e 1085.º do Código civil, o primeiro dos quais manda regular a forma do casamento celebrado em país estranjeiro pela lei do lugar da celebração, e o segundo permite que êsse casamento se prove por qualquer dos meios de prova admitidos no mesmo

país, e, portanto, com certidão do registo religioso, quando a êste registo sejam atribuídos efeitos civis.

d) A doutrina contrária não só estaria em oposição com o princípio geral aceito pelo nosso direito de que a forma externa dos actos jurídicos é regulada pela lei do lugar da celebração, mas inibiria os portugueses ou de contraírem casamento perante as autoridades locais, nos países onde só existe o casamento religioso, o que está em desarmonia com o próprio preceito do artigo 58.º do decreto e do artigo 144.º do regulamento consular, ou de contraírem casamento nos mesmos países, se aí não houver agente diplomático ou consular português ou, havendo-o, o Estado local se opuser aos casamentos diplomáticos e consulares.

e) Portugal assinou e ratificou a convenção da Haia que já analisámos, esta declara válido, quanto à forma, o casamento celebrado em harmonia com a lei do lugar da celebração (artigo 5.º), esta lei pode reconhecer efeitos jurídicos a uma celebração religiosa, como acontece na Suécia, aos Estados contratantes não é permitido deixar de reconhecer eficácia jurídica aos casamentos celebrados religiosamente e, por isso, em Portugal, tem de ser reconhecido valor ao casamento religioso celebrado nos Estados contratantes quando o casamento religioso aí seja reconhecido, em virtude do princípio, muitas vezes aplicado nas nossas leis, de que os tratados preferem às leis gerais (Código civil, artigo 26.º; Código comercial, artigo 6.º; Código de processo civil, artigo 1087.º; Código de processo comercial, artigo 2.º). Mas, como acima se disse, uma lei não pode ser de ordem pública em relação a um Estado e deixar de o ser em relação a outro Estado, donde deriva a conclusão de que a lei que em Portugal estabelece o casamento civil obrigatório não pode ser considerada como lei de ordem pública internacional, para o efeito de excluir qualquer forma de casamento religioso realizado por portugueses em país estranjeiro. Apenas pode ser considerada de ordem pública interna, isto é, obrigatória para os casamentos celebrados em Portugal (1).

f) Nem, em sentido contrário, poderá recorrer-se à consideração da possibilidade de fraude à lei portuguesa,

(1) L. 1, n.º 171.

pois já vimos noutro lugar (1) que não pode falar-se em fraude à lei quando a competência de uma lei depende de um facto cuja prática está na inteira dependência da vontade individual, como acontece, no nosso sistema, com a competência das leis de forma. Segundo o nosso direito, é competente a lei do lugar da celebração e, porque os portugueses não são obrigados a praticar em Portugal os seus actos jurídicos e, designadamente, a contrair casamento, não pode de modo nenhum dizer-se que pratica um acto de fraude à lei portuguesa um português que case em país estranjeiro, quer religiosa quer civilmente.

Por estas considerações, entendemos que a fórmula — *e não contrariar os princípios do direito público português*, não exclui o casamento religioso, só porque é casamento religioso, apenas excluindo qualquer forma de casamento que não assegure devidamente a seriedade da manifestação do consentimento para a realização de um acto de tamanha importância jurídica.

333 — II — *Casamento de estranjeiros em Portugal.* Pelo artigo 62.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, nesta parte não modificado pelo regulamento consular, são aplicáveis aos casamentos de estranjeiros celebrados em Portugal as disposições do mesmo decreto e do código do registo civil relativas às *formalidades preliminares* do casamento.

Por outro lado, é certo que o direito português não só aceitou o princípio *locus regit actum* (2), mas determinou, como acima dissemos, que só pode atribuir-se valor jurídico ao casamento celebrado no território da República quando o seja pela forma estabelecida na lei civil e, por isso, é indubitável que também estão sujeitas à lei portuguesa as *formalidades de celebração* do casamento de estranjeiros em Portugal.

Sendo assim, é ponto seguro que o nosso direito aceitou, quanto ao casamento de estranjeiros em Portugal, o princípio *locus regit actum* e que a forma dêsse casamento é regulada pela lei portuguesa.

(1) L. 1, n.º 167.
(2) Supra, n.ºs 241 e seg.

Contudo, as formalidades do casamento de estranjeiros não são em *tudo* idênticas às formalidades do casamento de portugueses, pois o n.º 11 do artigo 223.º do código do registo civil manda mencionar no assento do casamento as *formalidades peculiares* observadas nos *casamentos de estranjeiros*, de surdos-mudos, de impossibilitados de ir á repartição do registo civil, e outros, quando exigidas pelo mesmo código.

Quais serão, porém, as formalidades peculiares do casamento de estranjeiros?

Uma dessas formalidades é certamente a *nomeação de intérpretes* no caso de os estranjeiros não saberem falar a língua portuguesa, a que se refere o artigo 181.º do código do registo civil. Embora êste artigo não fale em estranjeiros, são naturalmente êstes que, em regra, podem deixar de saber falar português.

Outra formalidade cremos ser a *apresentação de certificado* ou *de justificação da capacidade matrimonial*, nos termos acima indicados, quer a respeito dos casamentos sujeitos à convenção, quer a respeito dos casamentos submetidos ao direito comum (1).

Assente que a lei reguladora da forma do casamento de estranjeiros é a lei portuguesa, segue-se lògicamente que só poderá produzir efeitos em Portugal o casamento celebrado por estranjeiros no território da República quando seja realizado na forma da lei civil. Neste ponto, são os estranjeiros equiparados aos cidadãos portugueses.

Se, porém, os estranjeiros, além do casamento civil, quiserem celebrar o casamento religioso, deverão fazê-lo depois do casamento civil, ou poderão fazê-lo antes?

Como preceituam os artigos 36.º, n.º 3.º, 225.º, 255.º e 295.º a 311.º do código do registo civil, os funcionários do registo devem passar *certidões* de teor ou narrativas dos assentos constantes dos respectivos livros, e devem entregar aos interessados *boletins* de nascimentos, casamentos e óbitos, logo depois de realizados êstes actos, assim como devem passar os mesmos boletins sempre que lhes sejam pedidos.

Ora, segundo o artigo 312.º do mesmo código, os

(1) Supra, n.ºs 317 e 331.

boletins e as certidões dos respectivos registos são, em regra, *essencialmente necessários* para que se possa celebrar qualquer cerimónia ou sacramento religioso, em que intervenha como parte principal um *cidadão português*, nacional ou nacionalizado, ou ainda um *português naturalizado estranjeiro* e, principalmente, os dos nascimentos e casamentos, para se celebrar qualquer baptismo ou matrimónio religioso, e os de óbito, para se poder realizar qualquer cerimónia religiosa que porventura o acompanhe.

Esta disposição concorda com a do artigo 313.º, que diz: «Cada um dos indivíduos, que realizarem ou cooperarem conscientemente na realização de um acto de baptismo, matrimónio ou enterro religioso, em que seja parte principal um *cidadão português*, nacional ou nacionalizado, ou ainda um *português naturalizado estranjeiro*, sem que seja apresentada a certidão ou boletim comprovativo de se haver efectuado prèviamente o competente registo civil de nascimento, casamento ou óbito, incorrerá na perda de todas as vantagens materiais, que estiver recebendo ou puder vir a receber do Estado e, além disso, na multa de 10$000 reis a 100$000 reis, que será aplicada em processo criminal e reverterá para a obra de assistência pública designada no artigo 350.º».

É evidente que estas disposições do código do registo civil estabelecem a prioridade do casamento civil apenas para os cidadãos portugueses, tanto originários como naturalizados, e para os estranjeiros que já tenham sido cidadãos portugueses.

Não acompanha o código do registo civil uma exposição de motivos e, por isso, não pode dizer-se com certeza qual tenha sido a razão determinante desta diferença entre os nacionais e os estranjeiros em geral. Essa razão seria porventura: quanto aos cidadãos portugueses, o pensamento de tornar efectiva a secularização do casamento e de evitar que pudesse celebrar-se um casamento religioso não seguido de um casamento civil; e, quanto aos estranjeiros que tenham sido portugueses, o pensamento de evitar que se recorresse à naturalização em país estranjeiro para evitar o rigor da lei portuguesa. Quanto aos demais estranjeiros, não pode presumir-se a razão da lei, pois, tendo-se declarado exclusiva-

mente válido o casamento civil, parecia natural que a prioridade do casamento civil relativamente ao casamento religioso devia ser obrigatória tanto para nacionais como para quaisquer estranjeiros, pois nem a liberdade dêstes é mais respeitável que a daqueles, nem os estranjeiros dão maiores garantias de celebração do casamento civil depois do casamento religioso, nem deviam permitir-se em Portugal casamentos que, por falta de acto civil, não podem cá produzir efeitos jurídicos, tanto mais que pode haver e há países que, reconhecendo o casamento religioso, dão efeitos a esta forma de casamento mesmo quando celebrado em países de casamento civil obrigatório.

334 — Temos falado até aqui do regime do direito português comum acêrca do casamento celebrado perante as autoridades locais. Analisaremos agora os seus preceitos relativamente aos casamentos diplomáticos e consulares.

I — *Casamentos diplomáticos e consulares de portugueses em país estranjeiro.* O regulamento consular atribui de um modo geral aos cônsules e vice-cônsules de Portugal funções de *oficiais do registo civil,* e confere-lhes, designadamente, a faculdade de registar *casamentos* (artigo 108.º, 109.º, 144.º e 145.º).

Além dos cônsules e vice-cônsules, ainda a mesma competência se deve considerar reconhecida aos agentes diplomáticos que exerçam funções consulares (Regulamento consular, artigo 145.º).

Quais serão, porém, as pessoas que podem contrair casamento nos consulados ou nas legações portuguesas?

O regulamento consular de 1903 tornava a competência matrimonial dos cônsules dependente da *nacionalidade portuguesa do marido* (artigo 59.º).

Êste sistema foi, porém, modificado pelo decreto de 1910, que consignou esta disposição: «*Se ambos os contraentes forem portugueses,* poderão casar, pela forma da lei nacional, perante o agente diplomático ou consular de Portugal...» (artigo 58.º, § 2.º).

Restringia-se dêste modo a competência diplomática e consular à hipótese de ambos os cônjuges serem portugueses, adoptando-se ainda, contudo, um sistema bem definido.

O novo sistema não chegou, todavia, a vigorar, por isso que o decreto relativo ao casamento civil começou a executar-se juntamente com o código do registo civil e êste formulou um sistema diferente, um pouco menos definido que os dois anteriores. Aparece tal sistema no: «Artigo 41.º Nos registos dos agentes diplomáticos e consulares serão inscritos:... 2.º) Os casamentos contraídos no estranjeiro *por dois portugueses* ou *por um estranjeiro e um português que conserve a sua nacionalidade*».

Segundo êste sistema, podiam os agentes diplomáticos ou consulares portugueses celebrar casamentos, quer entre dois portugueses, quer entre português e estranjeira, quer entre portuguesa e estranjeiro, se a mulher conservasse pelo casamento a nacionalidade portuguesa, por não adquirir a nacionalidade do marido (Código civil, artigo 22.º, n.º 4.º), como ainda acontece pela lei da Argentina, Brasil, Chili, Colômbia, S. Domingos, Salvador e Uruguai (1).

O regulamento consular vigente transcreveu dos diplomas anteriores, em disposições diferentes, os preceitos em que se continham os três sistemas indicados, pois determina: *a*) no artigo 109.º e n.º 1.º, que o registo civil abrange, nos consulados e vice-consulados, os casamentos contraídos no estranjeiro por *dois portugueses* ou por *um estranjeiro e um português que conserve a sua nacionalidade; b*) no artigo 144.º, § 2.º, que, na hipótese de *ambos os contraentes serem portugueses,* poderão casar, pela forma da lei portuguesa, perante o agente diplomático ou consular português; *c*) e no artigo 145.º, que os funcionários consulares e os agentes diplomáticos que exercem funções consulares têm competência para celebrar o casamento *entre portugueses* ou *entre português e mulher estranjeira,* salvo, neste último caso, se a isso se opuser a lei local.

Qual será, pois, em face destas disposições, evidentemente inconciliáveis, o sistema do regulamento consular sôbre a competência matrimonial dos cônsules e agentes diplomáticos?

Cremos que essa competência se limita às duas hipó-

(1) Ernest Lehr, *La nationalité dans les principaux E'tats du globe,* 1909, pág. 31, 54, 57, 71, 177 e 218; *Boletim da Faculdade de Direito,* I, pág. 178.

teses ou de *ambos* os nubentes serem portugueses, ou de o *marido* ser português: 1.º) porque, no artigo 145.º, que é a disposição em que o regulamento de modo especial reconhece competência aos cônsules e agentes diplomáticos para celebrar casamentos, admite essa competência apenas naquelas duas hipóteses; 2.º) porque, ao *regular* o exercício da mesma competência, quanto à prática das formalidades preliminares do casamento em que os nubentes não sejam portugueses, previu e regulou a hipótese de a mulher ser estranjeira, e só essa hipótese (artigo 150.º, § 4.º), sinal, por um lado, de que excluiu o sistema do decreto de 1910 (serem os cônjuges ambos portugueses), e, por outro lado, de que excluiu também o sistema do código do registo civil (ser português um dos cônjuges e conservar a nacionalidade portuguesa).

Mas, assente que, perante os agentes diplomáticos e consulares portugueses, podem contrair casamento dois portugueses ou um português e uma estranjeira, qual a lei reguladora, quer da validade intrínseca, quer da validade formal do casamento?

Se ambos os nubentes forem portugueses, regula a lei portuguesa tanto a validade intrínseca como a validade formal do casamento.

É a doutrina que resulta claramente do artigo 143.º do regulamento consular, que manda regular o direito de contrair casamento pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, e do artigo 144.º, § 2.º, que manda seguir a forma da lei portuguesa.

Se apenas um dos nubentes for português, mantém-se a competência da lei portuguesa, quanto ao direito de contrair casamento do cônjuge português e quanto à forma do casamento (Regulamento cit., artigo 143.º e 146.º).

A capacidade matrimonial e os vícios do consentimento, quanto à mulher estranjeira que case no consulado com um português, são regulados pela lei do seu país (Regulamento consular, artigo 143.º).

Importa observar que, na hipótese de a mulher ser estranjeira, o artigo 145.º do regulamento consular subordina a competência dos cônsules ou agentes diplomáticos à condição de a lei local a isso se não opor.

Qual o alcance dêste preceito do regulamento?

Uma primeira conseqüência daí deriva: é que o cônsul ou agente diplomático não pode celebrar o casamento entre um português e mulher estranjeira de um terceiro Estado, quando o Estado local se oponha aos casamentos diplomáticos em geral, como acontece na Áustria (1), ou entre um português e uma mulher do Estado local, quando êste Estado se oponha ao casamento dos seus nacionais nos consulados ou legações estranjeiras estabelecidas no seu território, como acontece no Brasil (2). E, se celebrar o casamento, será êste nulo, por falta de competência do oficial do registo, pois a competência dependia de uma condição que se não verificou. Devem, por isso, os cônsules, antes de celebrar o casamento, informar-se se o direito local se opõe ou não, para evitarem a celebração de um casamento nulo e não infringirem uma lei do Estado local.

Outra conclusão *parece* resultar do texto, consistindo em os cônsules ou agentes diplomáticos poderem celebrar o casamento entre português e portuguesa, mesmo que a lei local se oponha aos casamentos diplomáticos e consulares. E a conclusão antolha-se legítima, pois que o texto diz muito claramente «*salvo neste último caso,* se a isso se opuser a lei local», sendo incondicionada a competência quando ambos contraentes sejam portugueses, quer a lei local se oponha quer deixe de opor-se.

O preceito briga, porém, com o artigo 3.º do regulamento, onde se diz: «No desempenho da sua missão, devem os funcionários consulares atender escrupulosamente à situação que lhes resulta dos tratados e convenções do Estado respectivo com Portugal, assim como das leis e usos do país onde residem, a fim de que o seu procedimento seja sempre correcto e conforme com êsses tratados, leis e usos».

É esta a doutrina correcta. A não ser que exista entre Portugal e o Estado local um tratado ou convenção que permita os casamentos diplomáticos ou consulares, quando êles sejam em geral proïbidos pelo direito local, os cônsules ou

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 446.
(2) Vide Rodrigo Octávio, *Direito do estranjeiro no Brasil*, pág. 189; e o nosso *Direito internacional privado no código civil brasileiro*, pág. 87 e 88.

agentes diplomáticos devem abster-se de celebrar o casamento, pois, de contrário, o seu procedimento deixará de ser correcto e conforme às leis locais e pode provocar um conflito entre o Govêrno português e o govêrno local.

Mas, se apesar de tudo, celebrarem o casamento, qual o valor dêste? Os tribunais portugueses devem considerá-lo válido, embora ao Govêrno possa ser exigida responsabilidade pelo facto da celebração do casamento.

Tal é a solução que resulta do texto e da doutrina que estabelecemos acêrca da contradição entre o direito interno e o direito internacional (1).

Ainda convém fazer uma observação relativa aos casos em que ao cônsul ou ao agente diplomático a lei local permita celebrar casamentos. Não devem êles celebrar casamentos que sejam contrários às leis portuguesas de ordem pública proïbitiva e devem celebrá-los quando os impedimentos da lei nacional sejam contrários às leis de ordem pública permissiva. A posição do cônsul ou do agente diplomático deve supor-se igual à do oficial do registo civil que celebra casamentos em território português. Esta doutrina tem, porém, um limite, sendo êsse limite que pretendemos sinalar. Se a futura esposa for nacional do Estado local e na lei dêste Estado houver um impedimento que pareça contrário às leis portuguesas de ordem pública, o agente consular ou diplomático não deve celebrar o casamento. Celebrá-lo, seria desacatar a lei local e aqueles agentes têm por dever respeitar as leis do Estado onde exercem as suas funções. E, do mesmo modo, deverá o cônsul abster-se de celebrar o casamento, quando houver um impedimento segundo a lei local que esta declare aplicável aos casamentos celebrados por agentes diplomáticos ou cônsules estranjeiros, pois se trata de um caso nítido de oposição aos mesmos casamentos.

335 — II — *Casamentos diplomáticos e consulares de estranjeiros em Portugal.* Nem o decreto de 25 de dezembro de 1910, nem o código do registo civil reconhecem expressamente aos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros em Portugal a faculdade de celebrar casamentos dos

(1 Volume I, n.º 19.

seus nacionais, parecendo até que o decreto de 1910 lhes negou essa faculdade, pois, por um lado, ao passo que reconheceu expressamente a competência matrimonial dos agentes diplomáticos e consulares portugueses (artigo 58.º, § 2.º); nada disse acêrca do reconhecimento da competência dos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros, e, por outro lado, sujeitou os estranjeiros que se casem em Portugal aos impedimentos e *formalidades* da lei portuguesa (artigo 62.º), e é certo que os agentes diplomáticos estranjeiros não poderiam casar os seus nacionais na *forma* da lei portuguesa.

É, todavia, nosso parecer que o autor do decreto de 1910 não teve o pensamento de não reconhecer aos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros a faculdade de celebrar casamentos, quando a isso sejam autorizados pela lei do seu país.

Em primeiro lugar, o autor do decreto, assim como sancionou a prática, seguida por muitos Estados civilizados, de admitir os casamentos diplomáticos e consulares dos nacionais, assim também se deve entender que sancionou a prática correspondente que reconhece os casamentos diplomáticos e consulares dos estranjeiros.

Depois, não podia o legislador desconhecer o princípio de reciprocidade em que assenta o sistema de relações entre os estados civilizados e, por isso, conferindo competência aos agentes diplomáticos e consulares portugueses para celebrar casamentos em país estranjeiro, implicitamente reconheceu aos agentes diplomáticos e consulares estranjeiros a faculdade de celebrarem casamentos em Portugal, se a legislação do seu país lhes atribuir essa faculdade.

Por fim, foi no sentido do reconhecimento dos casamentos diplomáticos e consulares de estranjeiros no Brasil a interpretação oficial do decreto brasileiro de 1890, que foi, relativamente ao casamento de nacionais no estranjeiro e de estranjeiros no país, a fonte principal do decreto de 1910 (1).

Como o decreto brasileiro nada dissesse sôbre a possibilidade de os agentes diplomáticos e consulares estranjeiros celebrarem casamentos no Brasil, e as legações alemã e inglesa solicitassem do Govêrno federal esclarecimentos sôbre o

(1) Vide *Revista* citada, ano XLIII, n.º 1853, pág. 435.

assunto, o ministro das relações exteriores, depois de ouvir o ministério da justiça, respondeu às duas legações, em notas de 11 de outubro de 1890, que não seria lícito supor que o Brasil e outros países que, por suas leis, dão competência aos seus agentes no estranjeiro para celebrarem casamentos de seus respectivos súbditos, deixem de reconhecer *reciprocamente* valor aos que forem celebrados em seus territórios pelos funcionários diplomáticos e consulares de outro país investidos de iguais atribuïções, e que, por isso, o Govêrno da República não duvidaria reconhecer a competência matrimonial dos agentes diplomáticos e consulares pertencentes aos Estados que reconhecessem igual competência aos agentes diplomáticos e consulares brasileiros (1).

Pensamos, pois, que, em princípio, os agentes diplomáticos e consulares estranjeiros podem celebrar em Portugal casamentos de súbditos do país que representam.

Qual será, porém, a extensão da competência dos agentes diplomáticos ou cônsules estranjeiros para celebrarem casamentos em Portugal?

As nossas leis internas nada dizem sôbre o assunto. Foi êste, porém, regulado em duas convenções, a convenção consular com a Holanda, de 1 de dezembro de 1880 (art. 15.º) e a convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre o casamento (artigo 6.º), estabelecendo ambas a doutrina de que os cônsules poderão celebrar casamentos dos seus nacionais, em harmonia com as leis do seu país, *se nenhum dos contraentes for nacional do Estado local.*

O nosso direito convencional é, pois, no sentido de permitir os casamentos diplomáticos e consulares de estranjeiros, uma vez que a lei do Estado representado pelos agentes diplomáticos ou cônsules o permita e que nenhum dos nubentes seja português.

Será no mesmo sentido a nossa lei comum?

Por informação que nos foi dada pelo Ministério dos Negócios Estranjeiros, o ministro de Inglaterra enviou uma nota ao Govêrno português sôbre a competência dos cônsules britânicos para celebrarem casamentos de súbditos ingleses com mulher portuguesa. O Govêrno respondeu, em nota

(1) Dr. Rodrigo Octávio, ob. cit., pág. 190, nota 197 a

da 29 de junho de 1918, que os cônsules ingleses poderiam celebrar tais casamentos, desde que fôsse estabelecida a reciprocidade. A doutrina desta nota é já mais latitudinária que as convenções acima referidas, pois reconheceu a possibilidade de nos consulados estranjeiros casarem mulheres portuguesas, desde que, no respectivo país, a mesma faculdade fôsse reconhecida aos cônsules portugueses.

Será, pois, a doutrina da referida nota aquela que deve estabelecer-se em face do nosso direito português comum?

Cremos que o regulamento consular vigente autoriza uma doutrina ainda mais latitudinária.

Com efeito, aquele regulamento supõe a competência dos cônsules portugueses para celebrar casamentos entre português e mulher estranjeira, mesmo do Estado local (artigo 145.º), e, por isso, parece que, por virtude da correspondência que é lícito admitir entre a competência matrimonial dos cônsules portugueses e a competência dos cônsules estranjeiros, é lógica a doutrina de que êstes cônsules poderão celebrar casamentos entre um seu nacional e mulher portuguesa, independentemente de reciprocidade, que não é estabelecida em qualquer diploma legislativo.

Um limite deve, porém, em nosso entender, assinalar-se a esta doutrina. É que a mulher portuguesa que case com um estranjeiro perca, pelo casamento, a nacionalidade portuguesa, o que acontece sempre que ela adquira a nacionalidade do marido (Código civil, artigo 22.º, n.º 4.º). E isto pela razão de que não é legítimo privar a autoridade portuguesa de intervir no casamento de um português celebrado em Portugal, se êsse português conservar a nacionalidade portuguesa.

Trata-se, porém, de um ponto muito delicado, em que o legislador precisa de intervir, para acabar com todas as incertezas, sempre perniciosas em matéria de direito matrimonial.

Mas resolvida a questão da competência, qual a lei reguladora dos casamentos diplomáticos ou consulares celebrados em Portugal?

A forma do casamento será, evidentemente, a estabelecida pela lei do Estado representado pelo agente diplomático ou consular.

Quanto às condições de validade intrínseca, tem o agente

de observar as regras de conflitos de leis estabelecidas, quer pelos tratados concluídos entre o Estado que representa e os demais Estados, quer pelo direito interno do mesmo Estado. O direito internacional privado para êle obrigatório é o aceito nos tratados pelo Estado que representa ou por êste Estado formulado nas suas leis.

Se, porém, o casamento tiver de ser apreciado pelos tribunais portugueses, terão êstes de verificar se foi aplicada a lei competente segundo as regras portuguesas de conflitos das leis e se o casamento contraria as leis portuguesas de ordem pública internacional. É a lógica dos princípios que temos estabelecido.

336 — Em harmonia com o princípio *locus regit actum*, que aceitou em geral no artigo 24.° e que aplicou ao casamento de portugueses em país estranjeiro no artigo 1065.°, dispôs o Código civil, no artigo 1085.°, que o casamento contraído em país estranjeiro poderia provar-se por qualquer meio de prova, se nesse país tais actos não estiverem sujeitos a registo regular e autêntico.

Embora com fórmula diferente, foi o mesmo princípio estabelecido pelo artigo 61.° do decreto n.° 1 de 25 de dezembro de 1910, onde se determina que os casamentos celebrados em país estranjeiro poderão provar-se por qualquer dos meios legais admitidos no mesmo país, excepto quando celebrados perante os agentes diplomáticos ou consulares portugueses, devendo, nesse caso, a prova ser feita em harmonia com a lei portuguesa.

E esta doutrina de que o casamento celebrado em país estranjeiro pode ser provado em harmonia com a lei do lugar da celebração foi confirmada pelo artigo 144.°, §§ 1.° e 2.°, do regulamento consular, que determina que os portugueses podem casar em país estranjeiro pela *forma usada* (§ 1.°) ou *legalmente exigida* (§ 2.°) no país onde for celebrado o casamento, e pelo artigo 237.° do mesmo regulamento, onde se dispõe, como já tivemos ocasião de dizer, que «os actos que, na sua forma externa, se harmonizarem com as disposições da lei do país em que forem escritos ou celebrados produzirão efeitos em território português, nos termos e condições dos artigos 24.°, 964.°, 979.°, 1065.°, 1066.°, 1085.°, 1106.°, 1961.°

2406.°, 2430.° e 2479.° do Código civil, e artigos 4.°, n.° 3.°, 12.° e 96.° do Código comercial».

E em harmonia com a mesma doutrina julgou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de abril de 1921 (1), decidindo que o casamento celebrado em país estranjeiro poderá provar-se por qualquer meio de prova, se nesse país não estiver sujeito a registo regular e autêntico.

O verdadeiro alcance da doutrina exposta sòmente poderá, porém, determinar-se em face dos preceitos das nossas leis que mandam transcrever em Portugal os casamentos de portugueses celebrados em país estranjeiro, dos quais nos ocuparemos no número seguinte.

337 — O Código civil, ao mesmo tempo que determinou que o casamento celebrado em país estranjeiro podia provar-se por qualquer meio de prova, se o casamento não estivesse sujeito nesse país a registo regular e autêntico, dispôs no artigo 2479.°: «Todo o português que contrair matrimónio, em país estranjeiro, deverá, no prazo de três meses, contados desde o dia em que voltar ao reino, fazer lançar, no registo civil do lugar onde estiver domiciliado, o assento do seu casamento, apresentando ao oficial do registo civil documento autêntico, pelo qual prove que o casamento foi legìtimamente celebrado».

O não cumprimento dêste preceito tinha apenas a sanção do artigo 1202.° daquele Código, o qual dispõe que a acção concedida aos cônjuges contra os actos praticados por um ou outro sem a devida autorização não é admitida no casamento celebrado em país estranjeiro e não publicado em Portugal, em conformidade da lei.

Êste regime foi, porém, substituído, primeiro, pelo artigo 242.° do Código do registo civil e, depois, pelos artigos 169.° e 170.° do regulamento consular, que, fundamentalmente, reproduziram aquele artigo 242.° e cuja letra diz:

«Artigo 169.° Os registos dos casamentos de portugueses, celebrados no estranjeiro perante autoridades estranjeiras, serão transcritos em Portugal, a requerimento do interessado, à vista dos documentos legalmente necessários, quando não

(1) *Colecção*, XX, pág. 129.

contrariarem os princípios do direito público português, dentro de três meses depois de celebrados ou dentro de trinta dias contados do regresso de ambos, ou, pelo menos, de um dos cônjuges ao país, sob pena de não produzirem em Portugal efeitos alguns.

§ único. O primeiro dêstes prazos é prorrogável, desde que se requeira a prorrogação à conservatória geral do registo civil, fundamentando o requerimento, em cada caso especial, com as razões que impediram o interessado de promover a transcrição dentro do prazo».

«Artigo 170.° Os casamentos celebrados perante os funcionários diplomáticos e consulares serão também transcritos em Portugal dentro dos mesmos prazos, á vista dos documentos legais exigidos nos termos do artigo anterior».

Para bem determinar o alcance dêstes preceitos, importa investigar: *a*) quais os casamentos que êles abrangem; *b*) quais os documentos necessários para a transcrição; *c*) qual o prazo e lugar em que deve ser feita a transcrição; *d*) qual a sanção da falta de transcrição; *e*) qual o valor a atribuir aos casamentos celebrados em país estranjeiro, quando o casamento aí não esteja sujeito a registo regular e autêntico; *f*) qual o alcance da obrigação de transcrever em Portugal o registo dos casamentos celebrados perante os agentes diplomáticos e consulares portugueses; *g*) qual o valor da fórmula — *quando não contrariarem os princípios do direito público português*.

a) A extensão do preceito do artigo 169.° do regulamento consular, a respeito dos casamentos que compreende, deve ser considerada quanto ao *tempo* em que os casamentos foram celebrados e quanto às *pessoas* dos cônjuges.

1.°) *Tempo*. A lei não tem efeito retroactivo (Código civil, artigo 8.°) e, por isso, o preceito do artigo 242.° do código do registo civil e o artigo 169.° do regulamento consular não poderão aplicar-se aos casamentos anteriores à entrada em vigor daquele código. Êsses casamentos devem considerar-se sujeitos ao regime estabelecido pelo código civil.

2.°) *Pessoas*. Sob o ponto de vista das pessoas, é certo, em primeiro lugar, que o preceito em questão *nunca* abrange os casamentos entre *dois estranjeiros*, e certo é também, em segundo lugar, que abrange *sempre* os casamentos entre dois portugueses, pois diz o *casamento de portugueses*.

Abrangerá, porém, os casamentos entre *português e estranjeira* ou entre *portuguesa e estranjeiro*?

Na resolução desta questão e de todas as que faz nascer o preceito que analisamos, importa ter em vista que êle estabelece uma *obrigação* e impõe uma *pêna* e, por isso, é claramente de interpretação restritiva.

Estabelecido êste princípio de orientação, analisemos a questão formulada.

Um ponto nos parece certo, em primeiro lugar. É que o preceito não abrange o casamento entre estranjeiro e mulher portuguesa, quando esta perca a nacionalidade portuguesa. A razão é simples. Não se compreenderia que o legislador se preocupasse com a transcrição em Portugal do casamento de uma pessoa que faz perder a esta a qualidade de cidadão português.

Mas, se o casamento tiver lugar entre português e mulher estranjeira, ou entre mulher portuguesa e um estranjeiro, se a mulher não adquirir a nacionalidade do marido e, portanto, ficar sendo portuguesa?

Em face do artigo 170.° do regulamento consular, que equipara, quanto à transcrição em Portugal, os casamentos diplomáticos e consulares de cidadãos portugueses e os casamentos dêstes perante autoridades estranjeiras, sujeitando a transcrição os casamentos celebrados perante os funcionários diplomáticos e consulares portugueses, parece-nos que estão sujeitos a transcrição *todos* os casamentos de portugueses em país estranjeiro que, depois de casados, continuem a ser portugueses. A letra do regulamento concorda com a razão da lei, que consiste no interesse de que do registo civil português conste o estado dos cidadãos portugueses.

Ainda observaremos, porém, que não consideramos sujeitos à nossa lei comum os casamentos celebrados em país estranjeiro ao abrigo da convenção da Haia de 12 de junho de 1902, pela razão simples de que o artigo 5.°, alínea 4.ª, dessa convenção manda remeter às autoridades do país dos cônjuges uma cópia autêntica do assento do casamento, a qual se destina exactamente à publicação do casamento nesse país.

b) Para registar em Portugal os casamentos celebrados em país estranjeiro, exigia o Código civil a apresentação de *documento autêntico,* pelo qual se provasse que o casamento tinha sido legìtimamente celebrado (artigo 2479.°). O código do registo civil exige a apresentação dos *documentos legalmente necessários.* Todavia, assim como o Código civil não indicava a lei segundo a qual devia determinar-se a autenticidade do documento suficiente para o registo, assim também não diz o código do registo civil qual a lei competente para determinar se o documento apresentado é o documento legalmente necessário para o registo. Sendo, porém, certo que a lei do país da celebração é a lei competente para regular a forma do casamento e que êste pode ser provado por qualquer dos meios legais admitidos no país da celebração, certo parece igualmente que pela lei do país da celebração se deve determinar a suficiência do documento para o registo. É a conseqüência lógica do princípio — *locus regit actum,* que o decreto de 1910, o código do registo civil e o regulamento consular aceitaram relativamente à forma do casamento.

c) O *prazo* dentro do qual deve ser feita a transcrição é estabelecido pelo regulamento consular do modo seguinte: *três meses* depois de celebrado o casamento, ou *trinta dias,* contados do regresso de ambos ou de um dos cônjuges a Portugal, podendo aquele prazo de três meses ser prorrogado pela Conservatória geral, sôbre requerimento fundamentado do interessado.

A declaração do regulamento consular no sentido de que o prazo de três meses pode ser prorrogado e o seu silêncio acêrca do prazo de trinta dias parecem significar que êste último prazo é improrrogável e que, uma vez passado, já não pode fazer-se a transcrição, o que equivaleria a recusar efeitos ao casamento.

Contudo, porque a lei não obriga o requerente da transcrição a apresentar documento de que regressou há menos de trinta dias, assim como não há lei que autorize ou obrigue o oficial de registo a exigir semelhante documento, bem pode dizer-se que o preceito não está devidamente regulamentado nem sancionado quanto à observância dos prazos e que, por isso, a transcrição se pode fazer em qualquer tempo. E cremos

que a prática estabelecida é, efectivamente, no sentido de se fazer a transcrição sem a exigência da prova de que o regresso dos cônjuges teve lugar há menos de trinta dias (1).

E esta doutrina é tanto mais justa, quanto é certo que, interpretado de outro modo, seria o preceito excessivamente rigoroso e contrariaria o princípio geral de direito internacional do respeito dos actos praticados e dos direitos adquiridos em país estranjeiro, com o qual devem harmonizar-se quanto possível as leis internas.

O *lugar* em que tem de ser feita a transcrição está determinado nos artigos 38.°, n.° 3.°, e 40.°, n.° 4.°, do código do registo civil. Segundo as disposições dêstes artigos, deve o registo ser feito ou no lugar do *domicílio* dos cônjuges, se tiverem domicílio conhecido em Portugal, ou na Conservatória geral, em Lisboa, se nenhum dos contraentes tiver domicílio conhecido em Portugal. Todavia, o registo feito na Conservatória geral deverá ser transcrito na circunscrição competente, logo que se verifique o último domicílio de algum dos contraentes (Código do registo civil, artigo 39.°).

d) O código do registo civil e o regulamento consular estabelecem, como *sanção* do preceito que estatui a obrigação de transcrever em Portugal o casamento celebrado em país estranjeiro, a pêna de o mesmo casamento *não produzir efeitos alguns em Portugal.*

É uma sanção bem mais rigorosa que a estabelecida pelo Código civil e, por isso, é necessário determiná-la com a maior precisão.

Foi o artigo 171.° do código civil francês que primeiro estabeleceu a obrigação de transcrever o registo do casamento, não determinando, porém, a sanção, e daí a divisão das opiniões, que vão desde a consideração do preceito como um

(1) Importa notar que o artigo 5.° da lei n.° 400, de 9 de setembro de 1915, dispõe que «todo o cidadão português que volte à metrópole depois de ter *emigrado,* é obrigado, sob pêna de desobediência, a prestar declação de estada temporária ou residência definitiva ao funcionário do registo civil da localidade em que se encontre, no prazo máximo de quinze dias depois da sua chegada a Portugal». Semelhante preceito, cuja observância nos parece, aliás, problemática, não é, porém, de carácter geral, mas apenas para *emigrantes,* e, por isso, em nada invalida o que dizemos no texto (Vide, em sentido diverso, Dr. Pedro Chaves, na *Gazeta da Relação d Lisboa,* XXXV, pág. 2).

simples meio de facilitar a prova do casamento até ver na sua infracção uma causa de nulidade do casamento (1).

Do código francês passou o preceito para vários códigos civis, entre os quais o italiano, o português, o mexicano e o do Haiti. O código italiano (artigo 101.°) sanciona o preceito com a pêna de multa até cem liras; o código português (artigo 1202.°) estabeleceu a já conhecida sanção de privar os cônjuges do direito de requerer a anulação dos actos praticados por um sem autorização ou outorga do outro; e os códigos mexicano e do Haiti (artigo 137.°) determinam que a falta de transcrição não anula o casamento, mas que êste não produz efeitos sem que ela se faça.

O código do registo civil e o regulamento consular, para fixar a conseqüência da falta de transcrição, usaram a conhecida fórmula—*sob pêna de não produzirem efeitos alguns em Portugal*. Qual o valor exacto desta fórmula?

O valor da fórmula legal tem sido discutido a propósito da possibilidade de contrair nôvo casamento, independentemente de divórcio, qualquer dos cônjuges que casaram em país estranjeiro mas cujo casamento não foi transcrito em Portugal.

Consultada sôbre o assunto a Procuradoria geral da República, respondeu que, não se fazendo a transcrição, os cônjuges não gozarão dos direitos e garantias que as leis portuguesas concedem aos casados, mas que a falta de transcrição *em nada afecta o valor intrínseco do contrato* (2).

Opinião semelhante seguiu a *Revista de legislação e de jurisprudência* (3), sustentando que o casamento de portugueses celebrado em país estranjeiro, mesmo que não seja transcrito em Portugal, obsta ao nôvo casamento de qualquer dos cônjuges: 1.°) porque as leis devem ser interpretadas em harmonia com o bom senso e com as exigências morais a que deve supor-se ter obedecido o legislador, e a doutrina contrária seria um *prémio* de aventuras e de esquecimentos, que ficaria muito longe do rudimentar decôro a que nenhum, legislador se deve furtar; 2.°) porque o legislador quis

(1) Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, pág. 277.
(2) *Gazeta da Relação de Lisboa*, XXXV, pág. 291.
(3) Ano LIII, n.° 2154, pág. 280.

estabelecer uma *pêna*, e não um *prémio*, para a falta de transcrição e, admitindo que a falta de transcrição equivale à não existência do casamento, resultaria que, muitas vezes, a pêna se converteria em prémio; 3.°) porque pode haver actos praticados em país estranjeiro que não produzem efeitos em Portugal, mas cuja existência jurídica não é desconhecida, como são a condenação penal em país estranjeiro, que não pode executar-se em Portugal, mas que pode dar lugar à extradição, e o conjugicídio cometido e punido em país estranjeiro, que pode obstar em Portugal ao casamento do conjugicida com o seu cúmplice (Convenção da Haia de 12 de junho de 1902, artigo 2.°, n.° 3.°; Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 4.°, n.° 5.°).

Em sentido contrário, pronuncia-se, porém, o Dr. Pedro Chaves (1), alegando que a lei é terminante em dizer que o casamento não produz efeitos alguns, que um acto que não produz efeitos não existe juridicamente e, por isso, que o casamento não transcrito não pode obstar a um nôvo casamento, pois que êsse obstáculo já seria um efeito e, segundo a lei, o casamento não produz efeito algum.

Qual será a verdadeira doutrina?

Entendemos que é a seguida pela Procuradoria geral da República e pela *Revista*.

Além das razões aduzidas por êste jornal jurídico, notaremos: 1.°) que seria juridicamente inexplicável fazer depender a validade do matrimónio da observância de uma formalidade que é estranha à sua celebração e que se destina sòmente a tornar conhecido em relação a terceiros o estado de cônjuge; 2.°) que seria elevar à altura de uma condição de validade do casamento uma formalidade a que a lei não atribui êsse valor, pois, por um lado, não declara o casamento nulo e, por outro lado, estabelece que a validade formal do casamento depende da lei do lugar da celebração (Decreto de 1910, artigo 58.°; regulamento consular, artigo 144.°); 3.°) que o preceito da nossa lei se aproxima da disposição dos códigos mexicano e do Haiti, onde também se diz que *o casamento não produzirá efeitos civis*, o que não obsta a que o casamento seja válido; 4.°) que, se o legislador

(1) *Gazeta* cit., pág. cit.

quisesse que a falta de transcrição equivalesse à nulidade do casamento, adoptando a corrente mais radical da doutrina francesa, que certamente conhecia, tê-lo-ia dito claramente, não se limitando à formula que empregou; 5.º) que mal se compreende que a validade jurídica de um acto esteja dependente de uma formalidade cuja prática pode ter lugar dentro de um prazo prorrogável.

e) Ainda uma nova questão fazem nascer o artigo 242.º do código do registo civil e o artigo 169.º do regulamento consular. É a questão que já acima anunciámos (1), e que consiste em saber se a nossa lei actual apenas reconhece efeitos jurídicos ao casamento de portugueses em país estranjeiro quando *celebrado perante autoridades* e seja *devidamente registado,* ou se também é reconhecido o casamento celebrado sob a *forma privada,* sem que se dê a assistência de qualquer autoridade ou se lavre registo do acto. O que dá lugar à dúvida é o facto de aqueles artigos falarem sòmente do casamento *celebrado perante autoridades estranjeiras,* o que parece excluir o *casamento acto privado,* como ainda é admitido na Escóssia e em alguns Estados da União Norte Americana (2), e falarem em *transcrição,* o que parece exigir que se tenha lavrado registo do casamento.

É nossa opinião que a questão deve ser resolvida no sentido do reconhecimento do casamento acto privado, celebrado simplesmente perante testemunhas, sem ser necessário que do acto se tenha lavrado registo, desde que se trate de uma forma de casamento reconhecida pela lei do lugar onde o casamento for celebrado.

Esta doutrina resulta, em nosso entender, dos artigos 58.º e 61.º do decreto de 25 de dezembro de 1910, e bem assim dos artigos 144.º e 237.º do regulamento consular.

O artigo 58.º do decreto de 1910 e o artigo 144.º do regulamento consular permitem que os portugueses celebrem o seu casamento em país estranjeiro segundo a *forma usada* ou a *forma legalmente exigida* no país da celebração, o que significa que os mesmos artigos reconhecem o casamento, seja qual for a forma da lei local.

(1) Supra, pág. 106.
(2) Weiss, *Traité,* III, pág. 531.

Por seu lado, o artigo 61.º do decreto de 1910 determina que o casamento celebrado em país estranjeiro pode ser provado por *qualquer dos meios legais* admitidos no mesmo país, e o artigo 237.º do regulamento consular dispõe que produzirão efeitos em território português os actos que, na sua forma externa, se harmonizarem, entre outros, com o artigo 1085.º do Código civil, o qual declara que o casamento contraído em país estranjeiro poderá provar-se por qualquer meio de prova, se nesse país o casamento não estiver sujeito a registo regular e autêntico.

Sendo assim, torna-se evidente que o legislador quis respeitar a lei do lugar da celebração do casamento quanto à *forma* dêste e quanto à sua *prova.*

Por outro lado, não pode haver dúvida de que as disposições dos artigos 58.º e 61.º do decreto de 1910, 144.º e 237.º do regulamento consular, e 1085.º do Código civil são *disposições fundamentais,* quanto à forma e prova do casamento, não podendo de modo algum subordinar-se ao preceito do artigo 242.º do código do registo civil e do artigo 169.º do regulamento consular (que é um simples *preceito de publicação* do casamento em Portugal), a ponto de não reconhecer valor aos casamentos realizados em país estranjeiro que não sejam celebrados por acto público ou que não estejam sujeitos a registo regular e autêntico. Deverão, por isso, tais casamentos considerar-se juridicamente subsistentes.

Mas poderão os mesmos casamentos produzir os seus efeitos sem serem registados em Portugal?

Haveria nisso grave incoerência, desde que os próprios casamentos celebrados por forma autêntica estão sujeitos a registo.

O que fazer, porém, para, reconhecendo valor a tais casamentos, tornar efectiva a necessidade do registo em Portugal?

Parece-nos que deverá seguir-se o caminho indicado pelo Dr. Dias Ferreira, em face do artigo 2479.º do Código civil, quando escreve: «O casamento que não estiver sujeito a registo autêntico e regular no país onde foi celebrado, pode provar-se por qualquer meio de prova, artigo 1085.º, mas não pode ser lançado no registo civil do domicílio do interessado, nem publicado no reino, segundo a frase do presente

artigo (1202.°), senão em vista de documento autêntico, que pode ser uma justificação judicial» (1).

Com efeito, se o casamento tem de considerar-se subsistente, se não deve produzir efeitos sem ser registado em Portugal e se falta um documento que sirva de base ao registo, que seria normalmente a certidão do registo feito em país estranjeiro, devem os cônjuges *justificar* a existência do casamento, tendo de recorrer-se, na falta de processo próprio para isso estabelecido, ao processo de justificação avulsa, servindo a sentença aí proferida de base para se fazer o registo.

f) A comparação dos artigos 60.° do decreto de 1910, 242.° do Código do registo civil e 170.° do regulamento consular suscita uma questão tão importante como delicada.

O decreto de 1910, ao mesmo tempo que reconheceu os casamentos diplomáticos e consulares de portugueses em país estranjeiro (artigo 58.°, § 2.°), dispunha que êsses casamentos deviam ser registados em Portugal, à vista dos documentos pelo mesmo decreto exigidos e pelo decreto sôbre o registo civil, dentro de três meses depois de celebrados ou dentro de trinta dias contados do regresso de ambos ou, pelo menos, de um dos cônjuges ao país.

O código do registo civil, depois de ter exarado a disposição relativa à transcrição em Portugal dos casamentos de portugueses celebrados perante autoridades estranjeiras, determinava que, para os casamentos perante autoridades portuguesas, se observaria o disposto no artigo 60.° do decreto de 1910 e nos artigos 35.°, 38.°, n.° 3.°, e 39.° do mesmo Código (2).

Por fim, o regulamento consular, depois de prescrever a transcrição em Portugal dos registos dos casamentos celebrados perante autoridades estranjeiras (artigo 169.°), dispõe no artigo 170.° que «os casamentos celebrados perante os funcionários diplomáticos e consulares serão também transcritos em Portugal dentro dos mesmos prazos, à vista dos documentos legalmente exigidos, *nos mesmos termos* do artigo anterior».

(1) Ob. cit., II, pág. 430.

(2) O artigo 35.° do código do registo civil determina que os funcionários que desempenham funções do registo civil em casos especiais é, portanto, os agentes diplomáticos e consulares, devem transmitir os registos por êles feitos aos ministérios de que dependem, para êsses ministérios os transmitirem à Conservatória geral; o artigo 38.°, n.° 3.°, manda inscrever ou transcrever na Conservatória geral os casamentos celebrados no estranjeiro, se algum dos contraentes for português e não tiver domicílio conhecido na República; e o artigo 39.° dispõe que a verificação do último domicílio das partes determinará a transcrição obrigatória dos respectivos registos nos livros da circunscrição competente, cancelando-se os da Conservatória geral.

A questão consiste em determinar o verdadeiro valor da fórmula — *nos mesmos termos*, verificando se ela apenas compreende as *condições* da transcrição, ou se também se refere aos seus *efeitos*.

Em face do código do registo civil, não havia dúvida de que a falta de transcrição dos casamentos diplomáticos e consulares não tinha como conseqüência a sanção estabelecida pelo artigo 242.° daquele código, pois que êste artigo mandava observar, como dissemos, o artigo 60.° do decreto de 1910 e os artigos 35.°, 38.°, n.° 3.°, e 39.° do mesmo código, nenhum dêstes artigos estabelecia a sanção da falta de transcrição e, por isso, tinha de entender-se que a única sanção de tal falta era a estabelecida pelo artigo 1202.° do Código civil.

Terá a situação mudado com o artigo 170.° do regulamento consular, ou deverá ainda hoje seguir-se a mesma doutrina?

Entendemos que a fórmula — *nos mesmos termos* não compreende os *efeitos* da falta de transcrição dos casamentos celebrados perante autoridades estranjeiras, mas apenas se refere às formalidades da transcrição. Por um lado, a expressão *termos da transcrição* não compreende, no seu significado natural, os *efeitos da falta de transcrição* e, por outro lado, não se compreenderia que se recusassem efeitos, mesmo entre os cônjuges, aos casamentos celebrados perante uma autoridade portuguesa. Demais, não só devia ser assim interpretada, como dissemos, a legislação anterior ao regulamento consular, mas também não é de esquecer que o preceito do artigo 169.° do mesmo regulamento é de um excessivo rigor, devendo reduzir-se ao mínimo possível os casos da sua aplicação.

Sendo assim, a falta de transcrição em Portugal dos casamentos diplomáticos e consulares apenas poderá determinar a sanção estabelecida pelo artigo 1202.° do Código civil.

g) A determinação do significado do artigo 169.° do

regulamento consular ainda exige a análise do valor da fórmula *quando não contrariarem os princípios do direito público português.*

Esta fórmula deve ser apreciada a respeito da validade intrínseca e a respeito da validade formal do casamento.

Quanto à validade formal, é evidente que a fórmula deve ter o mesmo sentido que tem no artigo 144.°, § 2.°, do regulamento, sentido que já procurámos determinar (1).

Quanto à validade intrínseca, importa considerar o casamento relativamente aos cônjuges portugueses e relativamente ao cônjuge estranjeiro, quando o casamento tenha sido celebrado entre português e estranjeiro.

Quando um dos cônjuges fôsse estranjeiro, o casamento deverá ser tido, a respeito dêsse cônjuge, como contrário às leis portuguesas de ordem pública internacional, na hipótese de haver sido celebrado apesar da existência de algum dos impedimentos que em Portugal podem ser opostos ao casamento de estranjeiros e que são, como dissemos (2), os impedimentos dirimentes de parentesco, de conjugicídio (3) e de casamento anterior não dissolvido (Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 4.°, n.os 1.°, 2.°, 5.° e 6.°).

Se ambos os cônjuges eram portugueses, o pensamento da lei é, segundo cremos, que o casamento não pode ser transcrito quando existisse algum impedimento dirimente dos estabelecidos pelo artigo 4.° do decreto de 25 de dezembro de 1910. Êsses impedimentos obstam ao casamento de portugueses em país estranjeiro (Regulamento consular, artigo 143.°), produzem *nulidade de direito* (Decreto de 1910,

(1) Supra, n.° 332-I.
(2) Supra, pág. 443.
(3) Devemos notar que, em nosso entender, o impedimento de *conjugicídio* deve considerar-se juridicamente existente logo que se dê a condenação por êsse crime, quer em Portugal, quer em país estranjeiro. A sentença condenatória estranjeira não pode, como sentença penal, ser confirmada, mas pode ser produzida como *documento* (L. I, pág. 656), e isso basta para o efeito, pois se não trata de executar a sentença, mas simplesmente de a produzir como prova de um facto a que a lei atribui efeitos jurídicos. É neste sentido o artigo 135.° do código civil da Venezuela de 19 de setembro de 1916, onde se dispõe: «A condenação penal pronunciada em país estranjeiro por homicídio consumado, frustrado ou tentado na pessoa de um cônjuge terá o mesmo efeito que se fôsse pronunciada na Venezuela, quanto a impedir o casamento com o outro cônjuge». É com êste carácter geral que a doutrina deve ser aplicada em Portugal (Vide nosso *Direito internacional privado no código civil brasileiro*, pág. 508).

artigo 11.°) e legitimam a intervenção do *ministério público* para requerer a declaração da nulidade e, por isso, devem, quanto a portugueses, considerar-se sempre de ordem pública (1).

Deve, porém, notar-se que o oficial do registo não pode proceder como juiz, indagando, no caso de dúvida, se o casamento é válido ou nulo, devendo recusar a transcrição apenas quando o casamento for *manifestamente nulo*, por não ter sido respeitado algum dos indicados impedimentos.

338 — O regime jurídico internacional das sanções das condições de validade do casamento é, em face do direito português comum, pautado pelas mesmas linhas que o definem em face da convenção, informando-o o princípio fundamental, que enunciámos, de que a lei competente para formular o *preceito*, é igualmente competente para estabelecer a *sanção*. Remetemos, por isso, o leitor para aquilo que dissemos ao estudar a convenção (2).

A sanção de uma condição de validade do casamento pode ser a sua *nulidade* ou *anulabilidade* e, apesar de anulado, pode o casamento, segundo a generalidade das legislações, produzir alguns efeitos como *casamento putativo*, cumprindo, por isso, determinar o regime jurídico internacional dêste casamento, indicando o direito que lhe é aplicável. Precederemos, porém, essa indicação de algumas referências de

a) *Direito comparado.* O casamento válido produz efeitos jurídicos nas relações entre os cônjuges e nas relações entre pais e filhos. São algumas destas duas ordens de efeitos que produz o casamento putativo, quando é reconhecido.

Sob o ponto de vista do reconhecimento e da latitude dos efeitos do casamento putativo, têm seguido ou seguem as legislações três sistemas.

O primeiro sistema é caracterizado pela negação de quaisquer efeitos ao casamento nulo, houvesse ou não boa fé por parte dos contraentes. Era o sistema do direito inglês, segundo

(1) Vide Dr. Manuel Coelho, *Anotações ao código do registo civil*, Pôrto, 1914, pág. 117.
(2) Supra, n.° 324.

a jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, anteriormente ao *Matrimonial causes act de 1857*.

Posteriormente, porém, a esta lei, como nota Lehr, a lei civil permite ao tribunal conceder uma pensão aos filhos, no caso de o casamento ser anulado (1).

O segundo sistema reconhece *efeitos civis* ao casamento, se ambos os cônjuges ou, pelo menos, um dêles estiver de boa fé, assegurando aqueles efeitos ao cônjuge de boa fé e aos filhos. É o sistema do código civil francês (artigos 201.° e 202.°), seguido, depois, designadamente, pelos códigos civis italiano (artigo 116.°), argentino (artigos 244.° a 246.°), alemão (artigos 1345.° e 1699.°) e brasileiro (artigo 221.°).

O terceiro sistema reconhece efeitos ao casamento nulo, quanto aos filhos, embora ambos os cônjuges estivessem de má fé, não reconhecendo, porém, em tal caso, quaisquer efeitos a respeito dos cônjuges. É o sistema dos códigos civis espanhol (artigo 69.°) e suíço (artigo 153.°) e do decreto português n.° 1.° de 25 de dezembro de 1910 (artigo 31.°).

b) *Direito aplicável.* As divergências legislativas que ficam apontadas mostram o interesse dos conflitos de leis em matéria de casamento putativo. Que lei deverá, pois, aplicar-se para verificar se o casamento putativo produz efeitos e quais são êsses efeitos?

Os efeitos do casamento putativo, até onde as leis os permitem, são direitos de família e, como tais, devem, em princípio, ser regulados pela lei pessoal.

Se os contraentes forem da mesma nacionalidade, parece-nos que não deverá hesitar-se em seguir a doutrina de que o casamento putativo deve produzir os efeitos estabelecidos pela sua lei nacional.

Se os contraentes forem de diferente nacionalidade, parece-nos que só se pode hesitar entre duas soluções: *primeira* — considerar aplicável a lei que seria competente para definir os efeitos do casamento, se êste fôsse válido; *segunda* — atribuir ao cônjuge de boa fé os direitos que, sendo reconhecidos pela sua lei nacional, o sejam também pela lei nacional do outro cônjuge, e reconhecer aos filhos, em relação a cada um dos cônjuges, aqueles direitos

(1) Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, I, n.os 106 e 188.

que a lei respectiva de cada um dos mesmos cônjuges lhes reconhecer.

A primeira solução encontraria o seu fundamento na consideração de que é como casamento que o casamento nulo produz os efeitos de casamento putativo e de que, por isso, a mesma lei que regeria o casamento válido, deve reger o casamento putativo.

A segunda solução basear-se-ia em que, sendo o casamento nulo, não chegou a constituir-se a união conjugal, em que, não chegando esta união a existir, também não há razão para aplicar a lei que determinaria os efeitos da mesma união, e em que, portanto, o cônjuge de boa fé não tem fundamento jurídico para exigir do outro cônjuge mais do que a lei dêste estabelecer, e os filhos também não têm fundamento jurídico para exigir, respectivamente, de cada um dos pais, mais do que a lei dêstes determinar.

Pronunciamo-nos pela primeira solução. É como casamento que o casamento nulo produz efeitos e, por isso, parece-nos que a mesma razão que conduz, em direito interno, a atribuir efeitos jurídicos a um casamento nulo, como se êle fosse válido, conduz lògicamente a aceitar como lei reguladora do casamento putativo a lei que regeria os efeitos do casamento se êste fosse válido.

E devemos notar que a competência da lei pessoal para reger o casamento putativo persiste mesmo no caso de o casamento ser formalmente nulo, por violação da lei do lugar da celebração, e esta não ser a lei pessoal dos cônjuges. A razão é simples e é a mesma por que, no casamento formalmente válido, se não atende à lei do lugar da celebração para determinar os seus efeitos, que sempre se determinam pela lei pessoal (1).

339 — Para rematar o estudo do regime jurídico internacional das condições de validade do casamento, faremos

(1) Sôbre o casamento putativo em direito internacional privado, vide: Weiss, *Traité*, III, pág. 666 e seg.; Rolin, ob. cit., II, n.° 589; Brocher, ob. cit., I, n.° 93.° e 91.°; Audinet, ob. cit., n.° 605 a 607; Valery, ob. cit., n.° 750; Vincent e Pénaud, *Dictionaire de droit international privé*, n.° 238 a 235.

algumas considerações sôbre os *conflitos de jurisdições* que lhes dizem respeito.

Os representantes do poder público são chamados a intervir em matéria de casamento para diversos fins. A sua intervenção pode, com efeito, ter lugar: na *celebração* do casamento; na *redução de idade;* na *dispensa de impedimentos;* na *resolução de divergências* entre os pais sôbre a concessão de licença aos filhos menores para contraírem casamento; para *suprir o consentimento* de um cônjuge ausente; e para decretar a *anulação do casamento.*

Estas diferentes formas de intervenção da autoridade pública a respeito da celebração ou da anulação do casamento podem dar lugar a outras tantas formas de conflitos de jurisdições, bastando para isso que a prática do acto em que deve intervir um representante do poder público se encontre em conexão com jurisdições de diferentes países (1).

Como resolver, pois, tais conflitos?

Dos conflitos de jurisdições relativos à dispensa de impedimentos e à redução do mínimo de idade da puberdade legal, já nos ocupámos, no estudo que fizemos da convenção da Haia (2), sendo a solução que então defendemos, a que, em nosso entender, deve seguir-se em face do direito português comum, dada, por um lado, a semelhança de princípios estabelecidos pela convenção e pelo direito português comum acêrca do regime das condições de validade intrínseca do casamento, e dado, por outro lado, o silêncio da nossa lei acêrca da resolução dos mesmos conflitos.

Das outras formas de conflitos de jurisdições, há duas que não levantam dificuldades. São a que respeita à *celebração do casamento* e a relativa à *anulação do casamento.*

Quanto à competência para celebrar o casamento, desde que o nosso direito adoptou o princípio *locus regit actum* sôbre determinação da lei reguladora da forma externa do casamento, é irrecusável a doutrina de que cabe à lei do lugar da celebração determinar se se torna necessária a intervenção da autoridade na celebração do casamento e, no caso afirmativo, qual é a autoridade competente.

(1) L. I, n.º 180.
(2) Supra, pág. 360.

É, como já dissemos noutros lugares (1), um caso nítido de dependência da competência da jurisdição da competência da lei.

Quanto à competência para anular o casamento por um vício de fundo ou de forma, porque se trata de um verdadeiro pleito judicial, têm aplicação os princípios que estabelecemos acêrca da competência internacional para julgar as acções respeitantes aos direitos privados. Essa competência é regulada pelos tratados e, se tratado não houver, pelas regras de conflitos de jurisdições do respectivo país (2).

Nas relações de Portugal com as potências, nenhum tratado existe que regule a competência jurisdicional quanto às acções de anulação do casamento e, por isso, é essa competência regulada pelas regras de conflitos de jurisdições estabelecidas pelo nosso direito comum.

Sendo assim, e porque já demonstrámos que, em face das nossas leis, os tribunais portugueses podem conhecer de todas as acções em que intervenham estranjeiros, relativas a direitos privados e, portanto, aos direitos de família, desde que se verifiquem as circunstâncias de que as mesmas leis tornam dependente a competência daqueles tribunais, vem o corolário de que podem os nossos tribunais anular ou declarar a nulidade do casamento de estranjeiros ou de portugueses com estranjeiros, uma vez que se dêm os elementos de conexão de que depende a competência dos mesmos tribunais (3).

O nosso direito não estabelece o princípio da exclusiva competência dos tribunais nacionais para conhecer das acções de estado das pessoas, como de modo explícito o estabelece a lei húngara XXXI de 1894, quanto às causas matrimoniais (artigo 114.º), e como, a respeito das questões de estado em geral, sustenta Anzilotti em face do direito italiano (4).

(1) L. I, n.º 182; Supra, n.º 246.
(2) Supra, n.º 258.
(3) Supra, n.º 263.
(4) *Memória* cit., n.º 21.

Os textos do nosso direito são, com efeito, de carácter genérico e a prática dos nossos tribunais é no sentido, não só de se considerarem competentes para julgar acções de estado entre estranjeiros, mas de reconher efeito às sentenças proferidas por tribunais estranjeiros em acções de estado respeitantes a cidadãos portugueses (1).

Mas, sôbre as acções de anulação do casamento, pode mesmo dizer-se que há lei expessa. Em verdade, os artigos 243.º e 244.º do código de registo civil, determinando que as sentenças de divórcio ou de anulação do casamento de portugueses proferidas por tribunais estranjeiros precisam, para ser averbadas nos livros do registo civil, de ser revistas e confirmadas, em harmonia com o Código de processo civil, mostram claramente que os tribunais estranjeiros podem conhecer de acções de divórcio ou de nulidade do casamento de portugueses e, por lógica reciprocidade, indicam que os tribunais portugueses podem conhecer de acções de divórcio ou de nulidade do casamento de estranjeiros.

Restam os conflitos de jurisdição respeitantes à resolução das divergências entre os pais sôbre a concessão de licença aos filhos menores para contraírem casamento, e ao suprimenso do consentimento dos país para êsse efeito.

Não pode haver dúvida de que a possibilidade de recorrer aos tribunais para qualquer daqueles fins depende da lei normal dos impedimentos, que é a lei nacional, pois se trata de desfazer um obstáculo ao casamento estabelecido por aquela lei.

Também não pode haver dúvida de que a *autorização* concedida pelos pais é um *acto habilitante* e de que reveste a mesma natureza o acto por que o juiz resolve a dissidência entre os pais acêrca daquela autorização ou supre a mesma autorização. Mas, se se trata de um acto habilitante, isso significa que a decisão do juiz é uma decisão discricionária,

(1) Vide: Dr. Chaves e Castro, ob. cit., pág. 667, 668, 673 a 675 e 706, nota 1; Dr. José Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 183 e seg.; *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano XLV, n.º 1906, pág. 210, e n.º 1907, pág. 225; acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de maio de 1906 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, XX, pág. 82), de 26 de fevereiro de 1919 (*Boletim da Faculdade de Direito*, VI, pág.), e de 15 de novembro de 1921 (*Revista dos tribunais*, XL, pág. 211).

relacionada com as condições pessoais dos candidatos ao casamento, que só pode ser bem apreciada pela autoridade do Estado autor da lei que prescreve a autorização e, por isso, consideramos justa a doutrina da aproximação entre essa forma de intervenção da autoridade pública e a sua intervenção para o efeito de reduzir a idade da puberdade legal e conceder a dispensa de impedimentos, reconhecendo a exclusiva competência da autoridade do Estado cuja lei for competente para determinar se é preciso autorização dos pais e se, no caso de divergência ou ausência dêstes, há recurso para o poder judicial (1).

(1) Supra, pág. 360.

artigo (1202.°), senão em vista de documento autêntico, que pode ser uma justificação judicial» (1).

Com efeito, se o casamento tem de considerar-se subsistente, se não deve produzir efeitos sem ser registado em Portugal e se falta um documento que sirva de base ao registo, que seria normalmente a certidão do registo feito em país estranjeiro, devem os cônjuges *justificar* a existência do casamento, tendo de recorrer-se, na falta de processo próprio para isso estabelecido, ao processo de justificação avulsa, servindo a sentença aí proferida de base para se fazer o registo.

f) A comparação dos artigos 60.° do decreto de 1910, 242.° do Código do registo civil e 170.° do regulamento consular suscita uma questão tão importante como delicada.

O decreto de 1910, ao mesmo tempo que reconheceu os casamentos diplomáticos e consulares de portugueses em país estranjeiro (artigo 58.°, § 2.°), dispunha que êsses casamentos deviam ser registados em Portugal, à vista dos documentos pelo mesmo decreto exigidos e pelo decreto sôbre o registo civil, dentro de três meses depois de celebrados ou dentro de trinta dias contados do regresso de ambos ou, pelo menos, de um dos cônjuges ao país.

O código do registo civil, depois de ter exarado a disposição relativa à transcrição em Portugal dos casamentos de portugueses celebrados perante autoridades estranjeiras, determinava que, para os casamentos perante autoridades portuguesas, se observaria o disposto no artigo 60.° do decreto de 1910 e nos artigos 35.°, 38.°, n.° 3.°, e 39.° do mesmo Código (2).

Por fim, o regulamento consular, depois de prescrever a transcrição em Portugal dos registos dos casamentos celebrados perante autoridades estranjeiras (artigo 169.°), dispõe no artigo 170.° que «os casamentos celebrados perante os funcionários diplomáticos e consulares serão também transcritos em Portugal dentro dos mesmos prazos, à vista dos documentos legalmente exigidos, *nos mesmos termos* do artigo anterior».

(1) Ob. cit., II, pág. 430.

(2) O artigo 35.° do código do registo civil determina que os funcionários que desempenham funções do registo civil em casos especiais e, portanto, os agentes diplomáticos e consulares, devem transmitir os registos por êles feitos aos ministérios de que dependem, para êsses ministérios os transmitirem à Conservatória geral; o artigo 38.°, n.° 3.°, manda inscrever ou transcrever na Conservatória geral os casamentos celebrados no estranjeiro, se algum dos contraentes for português e não tiver domicílio conhecido na República; e o artigo 39.° dispõe que a verificação do último domicílio das partes determinará a transcrição obrigatória dos respectivos registos nos livros da circunscrição competente, cancelando-se os da Conservatória geral.

A questão consiste em determinar o verdadeiro valor da fórmula — *nos mesmos termos*, verificando se ela apenas compreende as *condições* da transcrição, ou se também se refere aos seus *efeitos*.

Em face do código do registo civil, não havia dúvida de que a falta de transcrição dos casamentos diplomáticos e consulares não tinha como conseqüência a sanção estabelecida pelo artigo 242.° daquele código, pois que êste artigo mandava observar, como dissemos, o artigo 60.° do decreto de 1910 e os artigos 35.°, 38.°, n.° 3.°, e 39.° do mesmo código, nenhum dêstes artigos estabelecia a sanção da falta de transcrição e, por isso, tinha de entender-se que a única sanção de tal falta era a estabelecida pelo artigo 1202.° do Código civil.

Terá a situação mudado com o artigo 170.° do regulamento consular, ou deverá ainda hoje seguir-se a mesma doutrina?

Entendemos que a fórmula — *nos mesmos termos* não compreende os *efeitos* da falta de transcrição dos casamentos celebrados perante autoridades estranjeiras, mas apenas se refere às formalidades da transcrição. Por um lado, a expressão *termos da transcrição* não compreende, no seu significado natural, os *efeitos da falta de transcrição* e, por outro lado, não se compreenderia que se recusassem efeitos, mesmo entre os cônjuges, aos casamentos celebrados perante uma autoridade portuguesa. Demais, não só devia ser assim interpretada, como dissemos, a legislação anterior ao regulamento consular, mas também não é de esquecer que o preceito do artigo 169.° do mesmo regulamento é de um excessivo rigor, devendo reduzir-se ao mínimo possível os casos da sua aplicação.

Sendo assim, a falta de transcrição em Portugal dos casamentos diplomáticos e consulares apenas poderá determinar a sanção estabelecida pelo artigo 1202.° do Código civil.

g) A determinação do significado do artigo 169.° do

regulamento consular ainda exige a análise do valor da fórmula *quando não contrariarem os princípios do direito público português.*

Esta fórmula deve ser apreciada a respeito da validade intrínseca e a respeito da validade formal do casamento.

Quanto à validade formal, é evidente que a fórmula deve ter o mesmo sentido que tem no artigo 144.°, § 2.°, do regulamento, sentido que já procurámos determinar (1).

Quanto à validade intrínseca, importa considerar o casamento relativamente aos cônjuges portugueses e relativamente ao cônjuge estranjeiro, quando o casamento tenha sido celebrado entre português e estranjeiro.

Quando um dos cônjuges fôsse estranjeiro, o casamento deverá ser tido, a respeito dêsse cônjuge, como contrário às leis portuguesas de ordem pública internacional, na hipótese de haver sido celebrado apesar da existência de algum dos impedimentos que em Portugal podem ser opostos ao casamento de estranjeiros e que são, como dissemos (2), os impedimentos dirimentes de parentesco, de conjugicídio (3) e de casamento anterior não dissolvido (Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 4.°, n.^{os} 1.°, 2.°, 5.° e 6.°).

Se ambos os cônjuges eram portugueses, o pensamento da lei é, segundo cremos, que o casamento não pode ser transcrito quando existisse algum impedimento dirimente dos estabelecidos pelo artigo 4.° do decreto de 25 de dezembro de 1910. Êsses impedimentos obstam ao casamento de portugueses em país estranjeiro (Regulamento consular, artigo 143.°), produzem *nulidade de direito* (Decreto de 1910,

(1) Supra, n.° 332-1.
(2) Supra, pág. 443.
(3) Devemos notar que, em nosso entender, o impedimento de *conjugicídio* deve considerar-se juridicamente existente logo que se dê a condenação por êsse crime, quer em Portugal, quer em país estranjeiro. A sentença condenatória estranjeira não pode, como sentença penal, ser confirmada, mas pode ser produzida como *documento* (L. 1, pág. 656), e isso basta para o efeito, pois se não trata de executar a sentença, mas simplesmente de a produzir como prova de um facto a que a lei atribui efeitos jurídicos. É neste sentido o artigo 135.° do código civil da Venezuela de 19 de setembro de 1916, onde se dispõe: «A condenação penal pronunciada em país estranjeiro por homicídio consumado, frustrado ou tentado na pessoa de um cônjuge terá o mesmo efeito que se fôsse pronunciada na Venezuela, quanto a impedir o casamento com o outro cônjuge». É com êste carácter geral que a doutrina deve ser aplicada em Portugal (Vide nosso *Direito internacional privado no código civil brasileiro*, pág. 508).

artigo 11.°) e legitimam a intervenção do *ministério público* para requerer a declaração da nulidade e, por isso, devem, quanto a portugueses, considerar-se sempre de ordem pública (1).

Deve, porém, notar-se que o oficial do registo não pode proceder como juiz, indagando, no caso de dúvida, se o casamento é válido ou nulo, devendo recusar a transcrição apenas quando o casamento for *manifestamente nulo*, por não ter sido respeitado algum dos indicados impedimentos.

338 — O regime jurídico internacional das sanções das condições de validade do casamento é, em face do direito português comum, pautado pelas mesmas linhas que o definem em face da convenção, informando-o o princípio fundamental, que enunciámos, de que a lei competente para formular o *preceito*, é igualmente competente para estabelecer a *sanção*. Remetemos, por isso, o leitor para aquilo que dissemos ao estudar a convenção (2).

A sanção de uma condição de validade do casamento pode ser a sua *nulidade* ou *anulabilidade* e, apesar de anulado, pode o casamento, segundo a generalidade das legislações, produzir alguns efeitos como *casamento putativo*, cumprindo, por isso, determinar o regime jurídico internacional dêste casamento, indicando o direito que lhe é aplicável. Precederemos, porém, dessa indicação de algumas referências de

a) *Direito comparado.* O casamento válido produz efeitos jurídicos nas relações entre os cônjuges e nas relações entre pais e filhos. São algumas destas duas ordens de efeitos que produz o casamento putativo, quando é reconhecido.

Sob o ponto de vista do reconhecimento e da latitude dos efeitos do casamento putativo, têm seguido ou seguem as legislações três sistemas.

O primeiro sistema é caracterizado pela negação de quaisquer efeitos ao casamento nulo, houvesse ou não boa fé por parte dos contraentes. Era o sistema do direito inglês, segundo

(1) Vide Dr. Manuel Coelho, *Anotações ao código do registo civil*, Pôrto, 1914, pág. 117.
(2) Supra, n.° 324.

a jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, anteriormente ao *Matrimonial causes act de 1857*.

Posteriormente, porém, a esta lei, como nota Lehr, a lei civil permite ao tribunal conceder uma pensão aos filhos, no caso de o casamento ser anulado (1).

O segundo sistema reconhece *efeitos civis* ao casamento, se ambos os cônjuges ou, pelo menos, um dêles estiver de boa fé, assegurando aqueles efeitos ao cônjuge de boa fé e aos filhos. É o sistema do código civil francês (artigos 201.° e 202.°), seguido, depois, designadamente, pelos códigos civis italiano (artigo 116.°), argentino (artigos 244.° a 246.°), alemão (artigos 1345.° e 1699.°) e brasileiro (artigo 221.°).

O terceiro sistema reconhece efeitos ao casamento nulo, quanto aos filhos, embora ambos os cônjuges estivessem de má fé, não reconhecendo, porém, em tal caso, quaisquer efeitos a respeito dos cônjuges. É o sistema dos códigos civis espanhol (artigo 69.°) e suíço (artigo 153.°) e do decreto português n.° 1.° de 25 de dezembro de 1910 (artigo 31.°).

b) *Direito aplicável.* As divergências legislativas que ficam apontadas mostram o interesse dos conflitos de leis em matéria de casamento putativo. Que lei deverá, pois, aplicar-se para verificar se o casamento putativo produz efeitos e quais são êsses efeitos?

Os efeitos do casamento putativo, até onde as leis os permitem, são direitos de família e, como tais, devem, em princípio, ser regulados pela lei pessoal.

Se os contraentes forem da mesma nacionalidade, parece-nos que não deverá hesitar-se em seguir a doutrina de que o casamento putativo deve produzir os efeitos estabelecidos pela sua lei nacional.

Se os contraentes forem de diferente nacionalidade, parece-nos que só se pode hesitar entre duas soluções: *primeira* — considerar aplicável a lei que seria competente para definir os efeitos do casamento, se êste fôsse válido; *segunda* — atribuir ao cônjuge de boa fé os direitos que, sendo reconhecidos pela sua lei nacional, o sejam também pela lei nacional do outro cônjuge, e reconhecer aos filhos, em relação a cada um dos cônjuges, aqueles direitos

(1) Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, I, n.°s 106 e 188.

que a lei respectiva de cada um dos mesmos cônjuges lhes reconhecer.

A primeira solução encontraria o seu fundamento na consideração de que é como casamento que o casamento nulo produz os efeitos de casamento putativo e de que, por isso, a mesma lei que regeria o casamento válido, deve reger o casamento putativo.

A segunda solução basear-se-ia em que, sendo o casamento nulo, não chegou a constituir-se a união conjugal, em que, não chegando esta união a existir, também não há razão para aplicar a lei que determinaria os efeitos da mesma união, e em que, portanto, o cônjuge de boa fé não tem fundamento jurídico para exigir do outro cônjuge mais do que a lei dêste estabelecer, e os filhos também não têm fundamento jurídico para exigir, respectivamente, de cada um dos pais, mais do que a lei dêstes determinar.

Pronunciamo-nos pela primeira solução. É como casamento que o casamento nulo produz efeitos e, por isso, parece-nos que a mesma razão que conduz, em direito interno, a atribuir efeitos jurídicos a um casamento nulo, como se êle fosse válido, conduz lògicamente a aceitar como lei reguladora do casamento putativo a lei que regeria os efeitos do casamento se êste fosse válido.

E devemos notar que a competência da lei pessoal para reger o casamento putativo persiste mesmo no caso de o casamento ser formalmente nulo, por violação da lei do lugar da celebração, e esta não ser a lei pessoal dos cônjuges. A razão é simples e é a mesma por que, no casamento formalmente válido, se não atende à lei do lugar da celebração para determinar os seus efeitos, que sempre se determinam pela lei pessoal (1).

339 — Para rematar o estudo do regime jurídico internacional das condições de validade do casamento, faremos

(1) Sôbre o casamento putativo em direito internacional privado, vide: Weiss, *Traité*, III, pág. 666 e seg.; Rolin, ob. cit., II, n.° 589; Brocher, ob. cit., I, n.° 93.° e 94.°; Audinet, ob. cit., n.° 605 a 607; Valery, ob. cit., n.° 750; Vincent e Pénaud, *Dictionaire de droit international privé*, n.° 238 a 235.

algumas considerações sôbre os *conflitos de jurisdições* que lhes dizem respeito.

Os representantes do poder público são chamados a intervir em matéria de casamento para diversos fins. A sua intervenção pode, com efeito, ter lugar: na *celebração* do casamento; na *redução de idade;* na *dispensa de impedimentos;* na *resolução de divergências* entre os pais sôbre a concessão de licença aos filhos menores para contraírem casamento; para *suprir o consentimento* de um cônjuge ausente; e para decretar a *anulação do casamento.*

Estas diferentes formas de intervenção da autoridade pública a respeito da celebração ou da anulação do casamento podem dar lugar a outras tantas formas de conflitos de jurisdições, bastando para isso que a prática do acto em que deve intervir um representante do poder público se encontre em conexão com jurisdições de diferentes países (1).

Como resolver, pois, tais conflitos?

Dos conflitos de jurisdições relativos à dispensa de impedimentos e à redução do mínimo de idade da puberdade legal, já nos ocupámos, no estudo que fizemos da convenção da Haia (2), sendo a solução que então defendemos, a que, em nosso entender, deve seguir-se em face do direito português comum, dada, por um lado, a semelhança de princípios estabelecidos pela convenção e pelo direito português comum acêrca do regime das condições de validade intrínseca do casamento, e dado, por outro lado, o silêncio da nossa lei acêrca da resolução dos mesmos conflitos.

Das outras formas de conflitos de jurisdições, há duas que não levantam dificuldades. São a que respeita à *celebração do casamento* e a relativa à *anulação do casamento.*

Quanto à competência para celebrar o casamento, desde que o nosso direito adoptou o princípio *locus regit actum* sôbre determinação da lei reguladora da forma externa do casamento, é irrecusável a doutrina de que cabe à lei do lugar da celebração determinar se se torna necessária a intervenção da autoridade na celebração do casamento e, no caso afirmativo, qual é a autoridade competente.

(1) L. I, n.º 180.
(2) Supra, pág. 360.

É, como já dissemos noutros lugares (1), um caso nítido de dependência da competência da jurisdição da competência da lei.

Quanto à competência para anular o casamento por um vício de fundo ou de forma, porque se trata de um verdadeiro pleito judicial, têm aplicação os princípios que estabelecemos acêrca da competência internacional para julgar as acções respeitantes aos direitos privados. Essa competência é regulada pelos tratados e, se tratado não houver, pelas regras de conflitos de jurisdições do respectivo país (2).

Nas relações de Portugal com as potências, nenhum tratado existe que regule a competência jurisdicional quanto às acções de anulação do casamento e, por isso, é essa competência regulada pelas regras de conflitos de jurisdições estabelecidas pelo nosso direito comum.

Sendo assim, e porque já demonstrámos que, em face das nossas leis, os tribunais portugueses podem conhecer de todas as acções em que intervenham estranjeiros, relativas a direitos privados e, portanto, aos direitos de família, desde que se verifiquem as circunstâncias de que as mesmas leis tornam dependente a competência daqueles tribunais, vem o corolário de que podem os nossos tribunais anular ou declarar a nulidade do casamento de estranjeiros ou de portugueses com estranjeiros, uma vez que se dêm os elementos de conexão de que depende a competência dos mesmos tribunais (3).

O nosso direito não estabelece o princípio da exclusiva competência dos tribunais nacionais para conhecer das acções de estado das pessoas, como de modo explícito o estabelece a lei húngara XXXI de 1894, quanto às causas matrimoniais (artigo 114.º), e como, a respeito das questões de estado em geral, sustenta Anzilotti em face do direito italiano (4).

(1) L. I, n.º 182; Supra, n.º 246.
(2) Supra, n.º 258.
(3) Supra, n.º 263.
(4) *Memória* cit., n.º 21.

Os textos do nosso direito são, com efeito, de carácter genérico e a prática dos nossos tribunais é no sentido, não só de se considerarem competentes para julgar acções de estado entre estranjeiros, mas de reconher efeito às sentenças proferidas por tribunais estranjeiros em acções de estado respeitantes a cidadãos portugueses (1).

Mas, sôbre as acções de anulação do casamento, pode mesmo dizer-se que há lei expessa. Em verdade, os artigos 243.° e 244.° do código de registo civil, determinando que as sentenças de divórcio ou de anulação do casamento de portugueses proferidas por tribunais estranjeiros precisam, para ser averbadas nos livros do registo civil, de ser revistas e confirmadas, em harmonia com o Código de processo civil, mostram claramente que os tribunais estranjeiros podem conhecer de acções de divórcio ou de nulidade do casamento de portugueses e, por lógica reciprocidade, indicam que os tribunais portugueses podem conhecer de acções de divórcio ou de nulidade do casamento de estranjeiros.

Restam os conflitos de jurisdição respeitantes à resolução das divergências entre os pais sôbre a concessão de licença aos filhos menores para contraírem casamento, e ao suprimenso do consentimento dos país para êsse efeito.

Não pode haver dúvida de que a possibilidade de recorrer aos tribunais para qualquer daqueles fins depende da lei normal dos impedimentos, que é a lei nacional, pois se trata de desfazer um obstáculo ao casamento estabelecido por aquela lei.

Também não pode haver dúvida de que a *autorização* concedida pelos pais é um *acto habilitante* e de que reveste a mesma natureza o acto por que o juiz resolve a dissidência entre os pais acêrca daquela autorização ou supre a mesma autorização. Mas, se se trata de um acto habilitante, isso significa que a decisão do juiz é uma decisão discricionária,

(1) Vide: Dr. Chaves e Castro, ob. cit., pág. 667, 668, 673 a 675 e 706, nota 1; Dr. José Alberto dos Reis, ob. cit., pág. 183 e seg.; *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano XLV, n.° 1906, pág. 210, e n.° 1907, pág. 225; acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de maio de 1906 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, XX, pág. 82), de 26 de fevereiro de 1919 (*Boletim da Faculdade de Direito*, VI, pág.), e de 15 de novembro de 1921 (*Revista dos tribunais*, XL, pág. 211).

relacionada com as condições pessoais dos candidatos ao casamento, que só pode ser bem apreciada pela autoridade do Estado autor da lei que prescreve a autorização e, por isso, consideramos justa a doutrina da aproximação entre essa forma de intervenção da autoridade pública e a sua intervenção para o efeito de reduzir a idade da puberdade legal e conceder a dispensa de impedimentos, reconhecendo a exclusiva competência da autoridade do Estado cuja lei for competente para determinar se é preciso autorização dos pais e se, no caso de divergência ou ausência dêstes, há recurso para o poder judicial (1).

Supra, pág. 366.

SECÇÃO II

Conteúdo — Direitos e deveres dos cônjuges

§ I

Direito convencional

SUMÁRIO. 340 — Elaboração, conteúdo geral e Estados contratantes da convenção da Haia, de 17 de julho de 1905, concernente aos conflitos de leis relativos aos efeitos do casamento sôbre os dircitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais e sôbre os seus bens. 341 — Aceitação pela convenção da competência da lei nacional dos cônjuges para regular os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais. 342 — Esfera de aplicação da lei nacional dos cônjuges sob êsse ponto de vista. 343 — Lei reguladora dos meios de sanção dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges. 344 — Lei reguladora dos mesmos direitos e deveres quando os cônjuges deixem de ter a mesma nacionalidade. 345 — Sistema da convenção acêrca da lei reguladora do regime legal dos bens dos cônjuges. O regime legal dos bens dos cônjuges e a sua mudança de nacionalidade. 346 — Direito de os cônjuges regularem contratualmente os seus interesses pecuniários. I — Reconhecimento geral do direito dos cônjuges de celebrarem um contrato nupcial. Momento e limites do exercício dêsse direito. 347 — II — Condições de validade intrínseca do contrato de casamento. 348 — III — Sua validade extrinseca. O princípio *locus regit actum* e a aplicação facultativa ou obrigatória da lei nacional. 349 — IV — Efeitos do contrato de casamento. Regime dêsses efeitos nas relações entre os cônjuges. 350 — Condições de eficácia do contrato de casamento entre os cônjuges e terceiros. 351 — A lei reguladora do regime de bens dos cônjuges e os bens imóveis constituídos pela lei da sua situação sob um regime predial especial. 352 — Esfera de aplicação da convenção.

340 — Ao estudo do regime jurídico internacional do casamento, como meio de constituïção das relações jurídicas entre os cônjuges, segue-se naturalmente o estudo do regime jurídico internacional dessas relações. A êsse estudo vamos proceder, ocupando-nos, primeiro, das *relações jurídicas de carácter pessoal* e, depois, das *relações jurídicas de carácter patrimonial.*

Uma e outra ordem de relações jurídicas será estudada, já em face da convenção da Haia de 17 de julho de 1905, que vigora nas relações de Portugal com alguns Estados europeus (1), já em face do direito português comum.

Como fizemos a respeito das condições de validade do casamento, começaremos pelo estudo da convenção, que contém direito internacional pròpriamente dito.

341 — Tratando em primeiro lugar das relações jurídicas de carácter pessoal, define a convenção o seu regime jurídico internacional no artigo 1.°, assim redigido:

Artigo 1.° *Os direitos e os deveres dos cônjuges, nas suas relações pessoais, são regidos pela sua lei nacional.*

Êsses direitos e êsses deveres não poderão, contudo, ser sanccionados senão pelos meios que igualmente permitir a lei do país em que for requerida a sanção.

Mostra êste preceito que a convenção subordinou os direitos e deveres pessoais dos cônjuges à *lei pessoal,* na sua forma de *lei nacional.* Foi a convenção coerente com a convenção anterior, que atribuiu competência à lei nacional para reger a validade intrínseca do casamento, como acto de

(1) A convenção, assinada na data indicada no texto, foi preparada pela conferência da Haia de 1904, foi assinada pela Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália, Portugal, Ruménia e Suécia, e foi ratificada por todos êstes Estados, entrando em vigor em todos êles no dia 23 de agosto de 1912, excepto na Bélgica, onde entrou em vigor no dia 15 de abril de 1913. Foi, porém, denunciada pela França, onde deixou de vigorar no dia 23 de agosto de 1917, e não foi restabelecida pelos artigos 282.° e seguintes do tratado de paz entre a Alemanha e os Estados aliados e, por isso, hoje apenas vigora, por um lado, nas relações entre a Bélgica, Holanda, Itália, Portugal, Ruménia e Suécia e, por outro lado, nas relações entre a Alemanha, Holanda e Suécia (Vide I, 1, pág. 77, nota 2).

No citado livro de Belleman e Kosters, encontra-se (a pág. 809), a importante informação: «Lista dos Estados onde a convenção está ou esteve em vigor:

Alemanha	desde	23	de	agosto	de	1912
Bélgica	»	15	»	abril	»	1913
França	»	23	»	agosto	»	1912 até 23 de agosto de 1917
Holanda	»	»	»	»	»	»
Itália	»	»	»	»	»	»
Portugal	»	»	»	»	»	»
Ruménia	»	»	»	»	»	»
Suécia	»	»	»	»	»	»

constituïção do *estado de cônjuge*, que é a *condição* do gôzo dos mesmos direitos e deveres.

Entre dois sistemas, fundamentalmente, tinham de decidir-se as conferências da Haia, para fixar a lei reguladora das relações pessoais dos cônjuges: o *sistema da territorialidade*, segundo o qual os direitos pessoais dos cônjuges são regulados pela lei da sua *residência*, que é o sistema do direito anglo-americano (1) e o sistema argentino (Código civil, artigo 160.°), e o *sistema da personalidade*, que atribui competência à lei pessoal, quer à *lei do domicílio*, como determinava o tratado de Lima (artigo 13.°) e determinam o tratado de Montevideo (artigo 12.°) e o tratado entre a Colômbia e o Equador (artigo 12.°), quer à *lei nacional*, como resolvera o Instituto de direito internacional, na sessão de Lausanne, de 1888 (2), como já dispunham o código civil italiano (artigo 6.°), o código civil espanhol (artigo 9.°), a lei congolesa de 20 de fevereiro de 1891 (artigo 6.°), a lei alemã (artigo 14.°), e a lei japonesa (artigo 14.°), e hoje dispõem o dahir marroquino de 12 de agosto de 1913 (anexo VI, artigo 14.°) e o código civil brasileiro (*Int.*, artigo 8.°).

Entre a lei territorial e a lei pessoal, decidiram-se as conferências pela lei pessoal e, entre a lei do domicílio e a lei nacional, decidiram-se por esta última. A primeira decisão representou a conformidade com as tendências da doutrina e do direito positivo no sentido de submeter o estado das pessoas e os poderes jurídicos que dele derivam à lei pessoal (3), e a segunda constituiu a aceitação do ensinamento da evolução da doutrina e do direito positivo no sentido de consagrar a lei nacional como a forma de lei pessoal que melhor condiz com as exigências de permanência e de estabilidade da situação jurídica das pessoas nas relações internacionais de carácter privado (4).

Entenderam, porém, as conferências que não deviam aplicar a lei nacional em toda a sua extensão, mas que as suas disposições deviam ser afastadas quando contrárias às leis locais de ordem pública internacional, e daí a alínea 2.ª

(1) Dicey, *Conflict of laws*, pág. 472; Warton, ob. cit., I, n.° 166.
(2) *Annuaire*, X, pág. 75 e seg.
(3) L. I, n.° 127.
(4) L. I, n.os 122 a 124.

do artigo 1.° da convenção, onde se determina que os direitos pessoais dos cônjuges não poderão ser sancionados senão pelos meios que sejam igualmente admitidos pela lei do país em que for requerida a sanção.

Sendo assim, fica naturalmente traçado o caminho que devemos seguir na análise desta primeira parte da convenção: determinar, primeiro, o valor da fórmula do artigo 1.°—*direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais;* e investigar, depois, em que termos a aplicação da lei nacional dos cônjuges, como lei normalmente competente para regular aqueles direitos e deveres, pode ser limitada pelas leis de ordem pública internacional.

342—Segundo mostram os trabalhos preparatórios da convenção (1), a fórmula—*direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais*—não abrange nem o que se refere ao estado da mulher casada, nem o que se refere à sua capacidade. Isto é, estes dois assuntos não foram visados pela convenção.

O que abrangerá, pois, a fórmula?

No relatório da comissão de 1900, diz-se: «As expressões—*direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais*—foram escolhidas como fazendo bem antítese com a expressão—*relações pecuniárias*» (2). Por esta passagem, vê-se que a comissão quis referir-se às relações *puramente pessoais*.

E que relações são estas?

De um modo geral, ainda o disse o relator da comissão, na discussão do assunto em assemblea geral da conferência, o qual, respondendo a uma observação do delegado italiano Pierantoni sôbre o alcance das palavras «relações pessoais», disse que esta expressão foi escolhida como fazendo antítese com a expressão «relações pecuniárias» e que, neste artigo, a comissão não teve em vista senão as relações referentes aos esposos quanto à sua pessoa, em uma palavra, a *união conjugal*, excluindo, além disso,

(1) *Actes*, II, pág. 81 e 87, e pág. 2 do protocolo final; *Actes*, III, pág. 225 e 246; *Documents* de 1900, pág. 100; *Actes*, IV, de 1904, pág. 165 a 170, 177 e 178; *Documents* de 1904, pág. 169 e 170.
(2) *Actes*, IV, pág. 178.

tudo que respeita à filiação, de que havia de ocupar-se uma conferência posterior (1).

Nunca, porém, a comissão ou a discussão especificaram as relações puramente pessoais que formam a união conjugal, apurando-se apenas que esta não abrange nem o estado nem a capacidade da mulher. Importa, por isso, determinar o conteúdo positivo da fórmula — *união conjugal*, que equivale à do artigo 1.º — *direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais*.

Pode dizer-se, de um modo geral, que a fórmula abrange todas as relações *puramente pessoais* estabelecidas entre os cônjuges pelo casamento e que pelas leis dos Estados contratantes são convertidas em direitos e deveres dos cônjuges, ou comuns, ou próprios de um deles.

Ao número de tais direitos e deveres pertencem incontestàvelmente, por exemplo, o direito e dever de fidelidade conjugal e o dever de obediência da mulher ao marido, nas legislações que preceituam essa obediência. Ambos estes direitos e deveres são puramente pessoais e dizem respeito, incontestàvelmente, à união conjugal.

Outros direitos e deveres dos cônjuges existem, porém, cujo carácter não é tão nìtidamente definido e, por isso, parece-nos útil indicar especificadamente as relações jurídicas dos cônjuges que, mais ou menos, respeitam à pessoa dos mesmos cônjuges, para bem precisarmos aquelas que cabem na fórmula do artigo 1.º da convenção.

Em nosso critério, a fórmula da convenção atribui competência à lei nacional dos cônjuges, em primeiro lugar, para determinar a *base da sociedade conjugal*, isto é, para determinar se esta assenta: ou na idea da *subordinação da mulher ao marido*, que é, fundamentalmente, o sistema do código civil francês, em cujo artigo 213.º se diz — «O marido deve protecção à mulher e a mulher deve obediência ao marido», e era o sistema do nosso Código civil, cujo artigo 1185.º dizia — «Ao marido incumbe, especialmente, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher, e a esta a de prestar obediência a marido» —; ou na idea da *igualdade dos cônjuges*, que é o sistema do código civil

(1) *Actes*, IV, pág. 165.

alemão (1) e do código civil italiano (2), e que é o actual sistema da lei portuguesa, tendo-o estabelecido o artigo 39.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, nestes termos: «A sociedade conjugal baseia-se na liberdade e na igualdade, incumbindo ao marido, especialmente, a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, e à mulher, principalmente, o govêrno doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer e a aperfeiçoar a unidade familiar» (3).

Em segundo lugar, compreende a fórmula os *direitos e deveres comuns dos cônjuges*, que se resumem no direito e dever de *fidelidade conjugal*, no direito e dever de *vida em comum*, e no direito e dever de *assistência e socôrro mútuo* (Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 38.º). A lei nacional dos cônjuges determinará, pois, o alcance dêstes direitos e deveres dos cônjuges, indicando, por exemplo, as conseqüências civis do adultério, a possibilidade de restabelecer a vida em comum e o direito a alimentos.

Além dos direitos e deveres comuns dos cônjuges, determinará, em terceiro lugar, a lei nacional os *direitos e deveres próprios de cada um dos cônjuges*, quer sejam direitos e deveres *próprios do marido*, como o direito de escolher a residência e o domicílio da família, o dever de ter a mulher em sua companhia, o dever de lhe prestar alimentos, o dever de protecção da mulher (4), o direito de representar a mulher em juízo (5), e o direito de administrar os bens do casal (6), quer sejam direitos e deveres *próprios da mulher*, como o dever de adoptar a residência e o domicílio do marido (7), o direito de viver com o marido e ser por êle alimentada e o direito e dever de govêrno doméstico (8). Todos estes direitos e deveres se devem considerar de carácter

(1) Artigo 1353.º e 1354.º.
(2) Artigo 131.º e 133.º.
(3) Importa observar que o direito português, não obstante admitir o sistema da igualdade dos cônjuges, atribui ao marido a função de *direcção* da família (L. I, pág. 464).
(4) Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 39.º.
(5) Código civil holandês, artigo 160.º.
(6) Código civil português, artigo 1104.º.
(7) Decreto citado, artigo 40.º.
(8) Decreto citado, artigos 39.º e 41.º.

pessoal e todos por isso devem ser determinados, na sua existência e na sua medida, pela lei nacional dos cônjuges.

343 — O artigo 1.º da convenção, depois de formular o princípio de que os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais são regulados pela sua lei nacional, acrescentou, na alínea 2.ª, o preceito de que — «esses direitos e deveres não poderão, contudo, ser sancionados senão pelos meios que igualmente permita a lei do país em que for requerida a sanção».

Procuremos determinar o alcance jurídico dêste texto.

a) *Os meios de sanção são determinados pela lei nacional dos cônjuges.* A eficácia de um direito depende da sanção de que a lei o faz acompanhar e, por isso, aceitando a convenção o princípio de que os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais são determinados pela sua lei nacional, é lógico, como disse a comissão de 1904 (1), que também pela lei nacional sejam determinados os meios com que podem ser sancionados aqueles direitos. Conseguintemente, os cônjuges só podem recorrer a um meio de sancionar os seus direitos de carácter pessoal quando êsse meio seja admitido pela sua lei nacional.

b) *O Estado local pode deixar de reconhecer os meios de sanção admitidos pela lei nacional quando êsses meios sejam incompatíveis com as leis locais de interesse e ordem pública.* A alínea 2.ª do artigo 1.º declara que os direitos dos cônjuges só podem ser sancionados pelos meios que forem igualmente admitidos pela lei do Estado onde a sanção for requerida.

A simples leitura desta alínea podia levar à conclusão de que os cônjuges só poderiam recorrer, para tornar efectivos os seus respectivos direitos, aos meios de sanção que fossem admitidos *simultâneamente* pela lei nacional e pela lei local, devendo, além disso, o meio de sanção da lei local ser *idêntico* ao meio de sanção da lei nacional, o que significaria afinal que era obrigatória a *absoluta concordância* da lei nacional e da lei local na determinação dos meios de sancionar os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais.

(1) *Actes*, IV, pág. 178.

Não devia ser nem, com efeito, é êste o pensamento da convenção.

Não o devia ser, por isso que, não tendo um direito senão o valor que deriva da sanção de que a lei o faz acompanhar, a necessidade de concordância da lei nacional com a local na determinação dos meios de sanção dos direitos dos cônjuges equivalia à exigência daquela concordância na determinação dos mesmos direitos, e o resultado seria que a alínea 1.ª do artigo 1.º da convenção ficaria em contradição com a alínea 1.ª do mesmo artigo, onde se diz que os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais são regidos pela sua lei nacional.

Não o é, pois que os trabalhos preparatórios do artigo 1.º indicam que a alínea 2.ª dêste artigo teve por fim limitar a aplicação da lei nacional, declarada competente pela alínea 1.ª para definir os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais, pela aplicação das *leis de ordem pública* do Estado onde for requerida a sanção daqueles direitos e deveres.

Em verdade, a comissão de 1904, procurando determinar o sentido do preceito que analisamos, disse que êle tinha por fim salvaguardar os direitos da soberania territorial (1) e, por isso, deve entender-se que os cônjuges podem fazer valer meios de sanção estabelecidos pela sua lei nacional, ainda que não sejam reconhecidos pela lei local, uma vez que não sejam contrários às disposições de ordem pública internacional desta lei.

344 — É uniforme a legislação de todos os Estados contratantes no sentido de atribuir à mulher, pelo casamento, a nacionalidade do marido (2) e, por isso, no momento da celebração do casamento, ficam os cônjuges tendo sempre a mesma nacionalidade.

É ainda uniforme a legislação dos Estados contratantes

(1) *Actes*, IV, pág. cit.

(2) Lei belga de 9 de junho de 1909, artigo 5.º; lei holandesa de 12 de dezembro de 1892, artigo 5.º; lei italiana de 13 de junho de 1912, artigo 10.º; Código civil português, artigo 18.º, n.º 6.º; código civil rumeno, artigo 12.º; lei sueca de 1 de outubro de 1894, artigo 3.º (Vide *Annuaire de législation étrangère*, 1892, pág. 497, 1894, pág. 765, 1909, pág. 256; *Annuaire de législation française*, 1889, pág. 121; *Clunet*, 1912, pág. 1309, e 1914, pág. 289).

em admitir a naturalização como meio de adquirir e como meio de perder a qualidade de cidadão (1).

Todavia, já seguem as leis daqueles Estados dois sistemas diferentes acêrca do efeito da naturalização do marido sôbre a nacionalidade da mulher. Segundo o direito alemão, belga, holandês, italiano e sueco, em regra, a naturalização de um estranjeiro casado estende-se à mulher, e a naturalização de um cidadão em país estranjeiro determina a perda da qualidade de cidadão para a mulher, isto é, a naturalização tem *efeito colectivo;* e, segundo o direito português e rumeno, a naturalização do marido não envolve a naturalização da mulher (2).

Dêste modo de ser diferente das legislações quanto ao efeito da naturalização do marido relativamente à nacionalidade da mulher, resulta que pode verificar-se, depois do casamento, uma de duas situações: terem os cônjuges uma nova e comum nacionalidade; terem diferente nacionalidade.

Sendo assim, e porque é certo que a convenção manda aplicar a determinados assuntos a lei nacional dos cônjuges, tornava-se necessário determinar qual era essa lei nacional em qualquer das hipóteses de êles adquirirem ambos uma nova e comum nacionalidade ou de virem a ter diferente nacionalidade. Tal foi o fim do artigo 9.°, assim redigido:

Artigo 9.° *Se os cônjuges tiverem adquirido, na constância do matrimónio, uma nova e comum nacionalidade, será a sua nova lei nacional aplicável nos casos visados nos artigos* 1.°, 4.° *e* 5.°

Se, na constância do matrimónio, acontecer não terem os cônjuges a mesma nacionalidade, deverá a sua última

(1) Lei belga, artigos 10.° e 11.°; lei holandesa, artigos 3.° e 7.°; lei italiana, artigos 4.° e 8.°, n.° 1.°; Código civil português, artigos 18.°, n.° 5.°, o 22.°, n.° 1.°; código civil rumeno, artigos 7.° e 17.°; lei sueca, artigos 4.° e 5.°

(2) Lei belga, artigo 5.° e 11.°, n.° 2.°; lei holandesa, artigo 5.°; lei italiana, artigo 11.°; Código civil português, artigo 22.°, § 1.°; Constituição rumena de 12 de julho de 1866, artigo 7.°, § 3.°; lei sueca, artigo 4.°.

Cumpre observar que, segundo o direito italiano, a naturalização apenas abrange a mulher quando esta conserve a residência com o marido, e, segundo o direito sueco, a naturalização de um estranjeiro na Suécia só abrange a mulher se no acto de naturalização se não determinar o contrário.

legislação comum ser considerada como sua lei nacional para a aplicação dos artigos supracitados.

Estudemos, em face dêste artigo, qual seja a lei reguladora dos direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais nas duas hipóteses acima indicadas

a) *Os cônjuges adquirem uma nova nacionalidade comum.* Neste caso, a convenção atribui competência à nova lei nacional dos cônjuges para regular os seus direitos e deveres de carácter pessoal. A aceitação desta doutrina não encontrou nem podia encontrar dificuldades, pois está inteiramente de harmonia com o princípio que manda regular o estado das pessoas pela sua lei pessoal. Em verdade, se o estado está sujeito à lei pessoal, também os poderes legais que dêsse estado derivam devem estar sujeitos a essa lei, e os chamados direitos pessoais dos cônjuges são meros poderes legais derivados do seu estado de casados.

b) *Os cônjuges passam a ter diferente nacionalidade.* Se na constância do matrimónio os cônjuges ficarem tendo diferente nacionalidade, determina a convenção que a sua última legislação comum seja considerada como sua lei nacional para regular os seus direitos e deveres pessoais.

Esta solução é paralela à seguida no artigo 8.° da convenção relativa ao divórcio e à separação de pessoas, onde se determina que, na hipótese de os cônjuges não terem a mesma nacionalidade, deverá a sua última legislação comum ser considerada como sua lei nacional para a execução dos artigos em que a mesma convenção manda aplicar a lei nacional dos cônjuges para regular o divórcio ou a separação.

A solução adoptada pelas duas convenções não é, por certo, rigorosamente lógica, pois não há rigor lógico em mandar regular uma relação jurídica sujeita à lei pessoal por uma lei que *foi,* mas que *já não é,* a lei pessoal das partes.

Seguindo-a, procurou, porém, a convenção, já evitar a dificuldade ou de escolher entre a lei do marido e a lei da mulher, ou de determinar a solução se, decidindo-se pela aplicação simultânea das duas leis, estas fossem contraditórias, já obstar à fraude na mudança de nacionalidade por um só dos cônjuges, quer para fugir ao rigor da lei nacional comum,

quer para submeter o outro cônjuge a um rigor que a mesma lei nacional comum desconhece.

345 — Nas disposições dos artigos 2.º a 8.º define a convenção o regime jurídico internacional das relações patrimoniais dos cônjuges. Dessas disposições, porém, umas referem-se à hipótese de não haver contrato nupcial (artigo 2.º), outras respeitam ao regime contratual (artigos 3.º a 6.º), e outras são comuns ao regime legal e ao regime contratual. Analisaremos sucessivamente as três ordens de disposições.

O regime de bens dos cônjuges pode ser: ou *convencional,* quando os cônjuges expressamente o formulam numa convenção celebrada quer antes do casamento, como deve ser segundo o nosso direito, (Código civil, artigo 1105.º), quer na constância do matrimónio, segundo as legislações que permitem regular convencionalmente o regime dos bens ainda depois de celebrado o casamento, como acontece, por exemplo, na Alemanha (códigoci vil alemão, artigo 1432.º); ou *legal,* quando, no silêncio dos cônjuges, a lei supre a manifestação da sua vontade e regula as suas relações patrimoniais.

Começando pelo regime legal, estabeleceu a convenção o seguinte preceito:

Artigo 2.º *Na ausência de convenção nupcial, os efeitos do casamento sôbre os bens, quer imóveis, quer móveis, dos cônjuges, são regidos pela lei nacional do marido na ocasião do casamento.*

A mudança de nacionalidade dos cônjuges ou de um deles não importará modificação no regime dos bens.

Adoptou assim a convenção o princípio de que o regime legal dos bens da sociedade conjugal é regulado pela lei nacional do marido ao tempo do casamento.

Para bem compreender o significado jurídico dêste princípio da convenção, importa referir o estado da doutrina e do direito positivo, acêrca da determinação do regime legal dos bens no casamento, ao tempo em que foi elaborada a mesma convenção.

A determinação do regime de bens no casamento, na falta de contrato entre os cônjuges que o fixasse, foi já uma grande questão no período das doutrinas estatutárias, constituindo a mais viva divergência entre a doutrina de Dumoulin e a doutrina de D'Argentré, e representando a *famosissima quaestio* que tanto atraiu a atenção dos jurisconsultos.

Até Dumoulin, a doutrina geral era no sentido de considerar a *lei do regime* dos bens dos cônjuges um *estatuto real,* sendo, por isso, aplicável aos bens imóveis a *lex rei sitæ* e aos bens móveis a *lei do domicílio matrimonial,* como concretização do princípio *mobilia sequuntur personam* (1).

Esta doutrina conduzia à *pluralidade de regimes,* sempre que os cônjuges tivessem bens imóveis em territórios regidos por leis diferentes quanto ao regime de bens, como acontecia em França, onde, nas províncias de direito consuetudinário, prevalecia o regime da comunhão e, nos países de direito escrito, prevalecia o regime dotal, e a pluralidade de regimes não só prejudicava claramente a homogeneidade de condição jurídica do património dos cônjuges, mas estava em contradição com o que se dava no caso de haver contrato nupcial, o qual abrangia todos os bens dos cônjuges, qualquer que fôsse a sua natureza e a sua situação.

Êstes resultados da aplicação do *princípio da realidade* à determinação do regime legal dos bens dos cônjuges impressionaram o espírito de Dumoulin, o qual, numa *consulta* célebre, dada em 1525, formulou uma teoria nova acêrca do regime legal. Êste regime supria o regime convencional, tinha, por isso, fundamentalmente, a mesma natureza e devia, portanto, ter o mesmo alcance. O regime legal não era mais que um *contrato tácito,* que devia produzir os mesmos efeitos que um contrato nupcial expresso e, como tal, abranger todos os bens dos cônjuges, independentemente da sua natureza e da sua situação. E o regime legal que, para Dumoulin, constituía o contrato tácito dos cônjuges, era o estabelecido pelo estatuto do *domicílio matrimonial,* o qual, por virtude da vontade dos cônjuges, devia abranger todos os seus bens. A lei do regime tinha,

(1) Ricaud, *Des régimes matrimoniaux,* Paris, 1883, pág. 23.

assim, o valor de um *estatuto pessoal*, podendo aplicar-se a bens situados fora do território onde vigorava.

Tal era a doutrina de Dumoulin, doutrina certamente lógica, perante o princípio de que o contrato de casamento abrangia, na sua eficácia, todos os bens dos cônjuges (1).

A doutrina de Dumoulin foi, porém, vivamente impugnada por d'Argentré, o qual, assentando em que o estatuto do regime de bens era um estatuto real, procurou demonstrar que, na falta de contrato, aquele regime era real e que o conceito do contrato tácito era impotente para o transformar em regime pessoal, pois seria levar demasiadamente longe a ficção, pretender que as partes quiseram alargar a lei do seu domicílio a um território onde ela, pela sua natureza de lei real, não podia ter valor (2).

Sôbre as ideas opostas de Dumoulin e de d'Argentré formaram-se dois sistemas doutrinais, que podemos denominar o sistema do *contrato tácito* e o sistema da *realidade*.

O sistema do contrato tácito preponderou entre os escritores franceses (3), defendendo-o na última fase do velho direito francês Bouhier e Pothier (4), mas o sistema da realidade continuou a ser seguido na Bretanha, na Normandia, na Bélgica e nos Países Baixos, assim como mais tarde informou o direito anglo-americano (5).

Contudo, a doutrina de Dumoulin transformou-se na fase moderna do problema da determinação do regime legal, desdobrando-se em dois sistemas divergentes, apoiando-se cada um numa das ideas que Dumoulin procurou associar.

O primeiro sistema foi formulado pelo jurisconsulto da escola estatutária holandesa João Voet, o qual emancipou o regime legal dos bens dos cônjuges tanto do estatuto real como do estatuto pessoal, baseando-o exclusivamente na vontade dos cônjuges e tornando-o, assim, dependente da *autonomia da vontade*. A grande conseqüência do conceito de João Voet foi que o regime legal não devia ser necessàriamente o estabelecido pela lei do domicílio matrimonial, como lei pessoal dos cônjuges, mas o regime da lei que devesse presumir-se aceita pelos mesmos cônjuges. É sob êste aspecto que a doutrina do contrato tácito é aceita pelos escritores, como Weiss, que entendem que o regime legal depende da vontade presumida dos cônjuges (1).

(1) Vide: Lainé, ob. cit., I, pág. 228 e seg.; Ricaud, ob. cit., pág. 23 e seg.
(2) Ricaud, ob. cit., pág. 25.
(3) Aut. e ob. cit., pág. 27 e seg.
(4) Aut. e ob. cit., pág. 29.
(5) Aut. e ob. cit., pág. 33 e 45.

O segundo sistema foi esboçado por Lebrun e, depois, desenvolvido por Boullenois, segundo os quais o regime legal se relaciona com o estado das pessoas, resultando do *estado dos cônjuges* (2).

Vê-se assim que, emquanto a doutrina de João Voet era uma doutrina nitidamente *electivista*, a doutrina de Boullenois era uma doutrina *personalista*.

Seria entre estas duas doutrinas que, de futuro, havia de travar-se a luta scientífica na determinação do regime de bens no casamento. A doutrina electivista, do contrato tácito, ou da autonomia da vontade, foi, fundamentalmente, aceita por Savigny (3), foi a doutrina adoptada pelo Instituto de direito internacional, na sessão de Lausanne de 1888 (4), e é defendida por muitos escritores modernos, entre os quais citaremos Laurent (5), Weiss (6), Despagnet e De Boeck (7), Lainé (8), Surville e Arthuys (9), Audinet (10) e Valery (11). O fundamento da doutrina é sempre o mesmo: os cônjuges podem escolher o seu regime de bens, por isso, o regime legal, que é um regime *supletivo*, é também um *regime presuntivo*, devendo ser aquele que, segundo as circunstâncias, as partes tiverem aceitado.

A doutrina personalista, que torna o regime legal dependente da mesma lei que, em geral, regula os efeitos do casamento, foi defendido por muitos escritores alemães (12), entre

(1) Weiss, *Traité*, III, pág. 635.
(2) Ricaud, ob. cit., pág. 35.
(3) Ob. cit., pág. 322.
(4) *Annuaire*, X, pág. 75 e seg.
(5) *Droit civil international*, V, pág. 390 e seg.
(6) *Traité*, III, pág. 633 e seg.
(7) Ob. cit., n.º 324.
(8) *Clunet*, 1907, pág. 907 e seg.
(9) Ob. cit., n.º 371.
(10) Ob. cit. n.ºs 571 e seg.
(11) *Manuel* cit., n.ºs 793 e seg.
(12) Pellis, *Du régime matrimonial en droit int. privé*, pág. 107.

os quais Von Bar (1), e obteve o sufrágio de numerosos internacionalistas, como Fiore (2), Brocher (3), Asser-Rivier (4), Renault (5), Vareilles-Sommières (6), Pillet (7), Rolin (8), Pellis (9) e Samama (10).

Esta doutrina tem apresentado duas variantes, segundo considera lei pessoal a *lei do domicílio*, como acontecia com os escritores alemães Dernburg e Unger (11), ou a *lei nacional*, como acontece com a corrente geral dos escritores, entre os quais se destacam os acima indicados. Mas, ou se pronuncie pela lei do domicílio, ou se pronuncie pela lei nacional, o fundamento da doutrina é sempre o mesmo, e está em que o regime legal dos bens dos cônjuges, como conseqüência, que é, do casamento, deve ser regulado pela lei que, em geral, rege os efeitos do casamento.

E esta razão é para nós decisiva. A vontade, embora possa ser *causa* ou *condição* da constituïção das relações jurídicas, não pode ser *lei* das mesmas relações, devendo estas ter uma lei superior à vontade que as domine, embora, dentro dessa lei, a vontade seja livre em aceitar ou não as suas disposições de carácter supletivo (12).

Sendo assim, importa assinalar ao regime legal de bens uma lei que o regule imperativamente, a qual determine a esfera de acção da autonomia da vontade.

Mas a uma relação jurídica que deriva do casamento só é lógico dar como lei reguladora a lei pessoal, que, sendo a lei competente para reger a constituïção da família legítima, também o deve ser para reger as conseqüências dessa constituïção.

Entre as duas formas da lei pessoal — lei do domicílio e lei nacional —, não hesitamos em nos decidir pela lei nacional, pelas razões em outro lugar apresentadas (1), e, se os futuros cônjuges ou os cônjuges forem de diferente nacionalidade, deverá considerar-se competente a lei nacional do marido, ou porque a mulher adquire pelo casamento a nacionalidade do marido, ou porque a êste cabe a direcção da unidade familiar e se trata de um assunto em que se impõe a aplicação de uma lei única, como única deve ser sempre a lei que regula os efeitos do casamento (2).

Ao tempo em que foi elaborada a convenção, tinham representação no direito positivo todas as correntes doutrinais que deixamos sinaladas. Assim, a primitiva doutrina estatutária, que era a doutrina de D'Argentré, era seguida pelo direito anglo-americano (3) e tinha sido consignada no código civil argentino (artigos 162.º e 163.º) e no tratado de Montevideo (artigos 40.º e 41.º); a doutrina do contrato tácito era seguida pela jurisprudência franco-belga (4) e pela lei congolesa de 20 de fevereiro de 1891 (artigo 6.º); a doutrina da competência da lei do domicílio, que tinha sido a doutrina geral do direito alemão anteriormente ao Código civil (5), era adoptada pela lei suíça de 25 de junho de 1891; e a doutrina da competência da lei nacional era seguida pela lei italiana (código civil, pr., artigo 6.º), portuguesa (Código civil, artigo 1107.º), espanhola (Código civil, artigo 1325.º), alemã (artigo 14.º) e japonesa (artigo 15.º).

Perante todas estas divergências doutrinais e legislativas, decidiram-se os autores da convenção pela competência da lei nacional do marido e, em harmonia com o que acima dissemos, seguiram, em nosso critério, o bom caminho (6).

(1) Ob. cit., §§ 181 e 182.
(2) *Trattato*, II, n.º 636.
(3) Ob. cit., II, n.º 74.
(4) Ob. cit., n.º 49.
(5) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, pág. 729.
(6) *Synthèse*, II, n.ºs 998 e seg.
(7) *Principes*, n.º 245.
(8) Ob. cit., I, n.ºs 490 e seg.
(9) Ob. cit., pág. 126 e seg.
(10) *Du régime matrimonial en droit international privé*, Paris, 08, pág. 60 e seg.
(11) Pellis, ob. cit., pág. 110.
(12) L. I, pág. 498 e 501.

(1) L. I, n.º 122 a 126.
(2) L. I, n.º 137.
(3) Vide Dicey, *Le statut personnel*, II, pág. 200, e *Conflict of laws*, pág. 510 e 635; Westlake, ob. cit., pág. 91 e seg. Importa notar que a jurisprudência inglesa parece ter-se inclinado últimamente no sentido de submeter mesmo os bens imóveis à lei do domicílio matrimonial, em vez de os submeter à *lex rei sitæ*, como acontecia no direito inglês tradicional, que seguia o sistema de D'Argentré (Dicey, *Conflict of laws*, pág. 510; Westlake, ob. cit., § 36 a).
(4) Vide Weiss, *Traité*, III, pág. 639; Rolin, ob. cit., I, pág. 494.
(5) Vide Ricaud, ob. cit., pág. 61; Pellis, ob. cit., pág. 104 e seg.
(6) Cumpre notar que o sistema adoptado pela convenção foi, depois dela, adoptado pelo dahir marroquino (artigo 15.º), pelo código civil brasileiro (*Int.*, artigo 8.º) e pelo projecto polaco (artigo 14.º).

Em face da convenção, o regime legal dos bens dos cônjuges será, pois, o regime legal estabelecido pela lei nacional do marido e, portanto,—a *comunhão geral de bens*, se o marido for holandês (1) ou português (2),—a *comunhão limitada*, se o marido for belga (3) ou sueco (4),—e a *separação de bens*, se o marido for italiano (5) ou rumeno (6).

Fixado o princípio de que o regime legal dos bens dos cônjuges é o estabelecido pela lei nacional do marido à data da celebração do casamento, acrescenta, porém, a alínea 2.ª do artigo 2.º da convenção êste preceito: «*A mudança de nacionalidade dos cônjuges ou de um deles não importará modificação no regime de bens*».

No projecto de programa da conferência de 1900, propunha o govêrno holandês um preceito semelhante a êste, assim redigido: «A mudança de nacionalidade dos cônjuges ou de um deles depois do casamento não exerce influência sôbre o regime matrimonial no que respeita aos bens» (7).

A comissão respectiva daquela conferência suprimira semelhante preceito por o julgar supérfluo (8).

Embora o regime matrimonial represente um sistema de direitos patrimoniais fixado pela celebração do casamento e sôbre o qual a posterior mudança de nacionalidade dos cônjuges não poderia exercer qualquer influência, bem andou, porém, a convenção em deixar esta doutrina expressamente estabelecida, para evitar toda e qualquer dúvida a seu respeito.

346—Dada a uniformidade existente no direito matrimonial dos Estados representados nas conferências da Haia no sentido de permitir que os cônjuges possam, com maior ou menor amplitude, regular contratualmente os seus interesses

(1) Código civil, artigos 174.º a 178.º.
(2) Código civil, artigos 1098.º, 1099.º e 1108.º a 1124.º.
(3) Código civil, artigo 1401.º e seg. A comunhão legal do direito belga é uma *comunhão de móveis e adquiridos* (Código civil, artigo 1401.º).
(4) Lei de 1 de julho de 1898. A comunhão legal do direito sueco é, como a francesa, de móveis e adquiridos, com a diferença, porém, de que o regime legal francês apenas abrange os imóveis adquiridos a título oneroso, ao passo que o regime sueco abrange também os imóveis doados ou deixados a qualquer dos cônjuges sem a cláusula de incomunicabilidade.
(5) Código civil, artigo 1425.º e seg.
(6) Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, pág. 84.
(7) *Documents* de 1900, pág. 101.
(8) *Actes*, III, pág. 226.

pecuniários, estabelece a convenção regras de direito internacional destinadas a regular a constituïção e os efeitos do *regime contratual* dos bens no casamento. Lêm-se essas regras nos artigos 3.º, 4.º e 5.º, assim redigidos:

Artigo 3.º *A capacidade de cada um dos futuros cônjuges para outorgar uma convenção nupcial é determinada pela sua lei nacional na ocasião da celebração do casamento.*

Artigo 4.º *A lei nacional dos cônjuges decidirá se podem, na constância do matrimónio, quer outorgar uma convenção nupcial, quer resilir ou modificar as que anteriormente houverem outorgado.*

A alteração de que for objecto o regime dos bens não pode ter efeito retroactivo em prejuízo de terceiros.

Artigo 5.º *A validade intrínseca de uma convenção nupcial e os seus efeitos são regidas pela lei nacional do marido na ocasião da celebração do casamento, ou, se essa convenção foi outorgada na constância do matrimónio, pela lei nacional dos cônjuges no momento da outorga da convenção.*

A mesma lei decide se, e dentro de que limites, têm os cônjuges a liberdade de se reportar a outra lei, a qual, uma vez que a ela se tenham reportado os cônjuges, determinará os efeitos da convenção nupcial.

Nos artigos transcritos estabelece a convenção os termos em que é concedido aos cônjuges o *direito de convenção nupcial*, ao mesmo tempo que estabelece o regime da *validade intrínseca* e o regime dos *efeitos* do contrato de casamento. Estudemos cada um dêstes assuntos.

I—*Reconhecimento do direito de celebrar um contrato nupcial.* Ao mesmo tempo que estabelecem um regime legal dos direitos patrimoniais dos cônjuges, todas as leis dos Estados contratantes lhes reconhecem o direito de modificar ou substituir aquele regime por meio de uma convenção nupcial, aparecendo assim o regime legal com o carácter de *regime supletivo*, que apenas substitui a manifestação da vontade dos

cônjuges acêrca da organização dos seus interesses pecuniários. A liberdade de convenção pode ser mais ou menos extensa, mas existe sempre (1), sendo sempre concedido aos cônjuges o direito de regular convencionalmente os seus interesses patrimoniais. Sendo assim, compreendem-se as palavras por que começa o artigo 2.° da convenção — «*Na ausência de convenção nupcial...*», as quais significam que a conferência partiu do princípio de que os cônjuges tinham o direito de fazer uma convenção nupcial.

Em que momento e dentro de que limites poderá, porém, ser exercido êsse direito?

Relativamente ao *momento* em que os cônjuges podem fazer a convenção nupcial, seguem as legislações dois sistemas, o sistema que chamaremos *latino,* segundo o qual a convenção nupcial só pode ser feita *anteriormente* à celebração do casamento, e o sistema que chamaremos *germânico,* que permite fazer as convenções nupciais antes ou depois do casamento.

O sistema latino é consagrado pelos códigos belga, holandês, italiano, português e rumeno e aparece nìtidamente caracterizado nos artigos 1096.° e 1105.° do Código civil português: «Artigo 1096.° É lícito aos esposos estipular, *antes da celebração do casamento,* e dentro dos *limites* da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens. Artigo 1105.° As convenções ante-nupciais *não podem ser revogadas nem alteradas por nova convenção,* depois da celebração do casamento».

O sistema latino caracteriza-se, pois, pela *anterioridade* da convenção nupcial relativamente à celebração do casamento e pela sua *imutabilidade* depois desta celebração.

O sistema germânico é seguido pelo direito alemão, sueco e suíço e é assim formulado pelo artigo 1432.° do código civil alemão: «Os esposos podem regular por contrato (contrato de casamento) as suas relações quanto aos bens; especialmente, podem, mesmo depois do casamento, suprimir ou modificar o regime dos seus bens» (2).

(1) Código civil alemão, artigo 1432.°; código franco-bèlga, artigo 1387.°; código holandês, artigo 194.°; código italiano, artigo 1378.°; código português, artigo 1096.°; código rumeno, artigo 1223.°; código sueco, título do casamento, capítulo VIII.

(2) Conf.: lei sueca de 1 de junho de 1912, § 2.°, n.° 4.° (Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 820); código civil suiço, artigo 179.°.

Nem anterioridade no contrato, nem imutabilidade no regime, tal é o sistema germânico. Os cônjuges podem fazer o contrato quando bem entenderem e igualmente podem modificar o regime dos bens, sem que a modificação do regime durante o casamento esteja sujeita a quaisquer limitações ou dependa de formalidades a que não esteja sujeita a convenção nupcial feita antes da celebração do casamento.

Dada esta funda divergência legislativa no direito dos Estados representados na conferência de 1906, tornava-se necessário que a convenção determinasse a lei reguladora da mutabilidade ou imutabilidade do regime matrimonial.

Foi a questão resolvida pelo artigo 4.°, segundo o qual é a lei nacional dos cônjuges que determina se êles podem, na constância do matrimónio, quer outorgar uma convenção nupcial, quer resilir ou modificar as convenções que anteriormento houverem outorgado.

Contudo, segundo determina a alínea 2.ª do artigo 4.°, a alteração de que for objecto o rêgime de bens não pode ter efeito retroactivo em prejuízo de terceiros. Isto significa que pelas dívidas dos cônjuges ao tempo em que é modificado o regime são responsáveis os bens do casal segundo o regime anterior à modificação, isto é, o nôvo contrato não pode modificar as relações jurídicas patrimoniais anteriormente constituídas com terceiros.

Determinado que os cônjuges podem fazer uma convenção nupcial, e sabido o momento em que a podem celebrar, importa definir a amplitude da liberdade contratual dos cônjuges a êste respeito.

Esta investigação envolve a resolução de dois problemas, relativo o primeiro à amplitude do direito de escolher um regime matrimonial, e respeitante o segundo à amplitude da faculdade de incluir na convenção nupcial cláusulas reguladoras dos direitos pessoais ou patrimoniais dos cônjuges.

O segundo problema integra-se no problema geral das condições de validade intrínseca das convenções nupciais. Dele trataremos, pois, ao falar dessas condições, limitando a nossa investigação neste momento ao primeiro problema.

Em regra, nas leis dos Estados contratantes, a par com o *regime legal,* aparece o princípio da *liberdade contratual*

dos cônjuges, e aparece igualmente um certo número de *regimes convencionais*, que os cônjuges podem escolher. Daqui a natural questão: a liberdade contratual dos cônjuges limita-se aos regimes convencionais estabelecidos pela lei do seu país, ou pode ir até à escolha de um regime estabelecido numa lei estranjeira e que a lei nacional não regule?

Para se ver o interesse prático desta questão, basta atender ao seguinte quadro em que os Estados contratantes aparecem escalonados segundo o número de regimes matrimoniais que admitem:

a) 5 regimes { *Bélgica.* — Comunhão de móveis e adquiridos (regime legal), comunhão universal, comunhão de adquiridos, separação de bens, regime dotal.

b) 4 regimes { *Portugal.* — Comunhão universal (regime legal), comunhão de adquiridos, separação de bens, regime dotal.

c) 3 regimes { *Holanda.* — Comunhão universal (regime legal), comunhão de lucros e perdas, separação de bens.

Itália e Rumênia. — Separação de bens (regime legal), comunhão de adquiridos, regime dotal.

d) 1 regime { *Suécia.* — Comunhão de móveis e adquiridos (regime legal) (1).

A questão acima formulada foi prevista pela convenção e assim resolvida pela alínea 2.ª do artigo 5.°: «A mesma lei (nacional do marido, ou lei nacional dos cônjuges quando o contrato é feito depois do casamento) decide se, e dentro de que limites, têm os cônjuges a liberdade de se reportar a outra lei, a qual, uma vez que a ela se tenham reportado os cônjuges, determinará os efeitos da convenção nupcial».

(1) A lei sueca permite que o contrato antenupcial aumente ou reduza a comunhão legal, mas não regula nenhum outro regime (Código sueco, título do casamento, capítulo 8.°; Lehr, *Droit civil scandinave*, pág. 305).

Deixou assim a convenção às leis de cada um dos Estados contratantes o determinar se os seus nacionais têm de limitar-se a escolher entre os regimes estabelecidos na sua lei nacional ou se podem escolher o regime estabelecido numa lei estranjeira.

E, assim, a lei nacional do marido determinará se os cônjuges poderão adoptar o regime estabelecido em certa lei estranjeira pela simples *referência genérica* a essa lei, o que é proïbido pela lei italiana (código civil, artigo 1381.°), e que deve considerar-se permitido pelas leis dos outros Estados contratantes, pela razão simples de que todas essas legislações admitem, em maior ou menor escala, a faculdade de fazer convenções nupciais, faculdade em que lògicamente se compreende, na falta de preceito em contrário, o poder de escolher o regime estabelecido numa lei estranjeira, sem a necessidade de transcrever as disposições dessa lei em que o regime é regulado.

Claro é, porém, que a escolha de um regime matrimonial organizado por uma lei estranjeira não pode representar em caso nenhum a assimilação integral dêsse regime, mas só a sua assimilação dentro dos limites em que os cônjuges possam praticar o princípio da autonomia da vontade na regulamentação dos seus interesses patrimoniais. Assim, por exemplo, não será aplicada, quanto a cônjuges portugueses, a disposição de uma lei estranjeira que prive o marido da administração dos bens do casal, por tal lei contrariar uma disposição imperativa do direito português (Código civil, artigo 1104.°).

347 — Conhecidos os limites dentro dos quais os cônjuges podem fazer uma convenção nupcial, estudemos o regime das condições de validade desta convenção, começando pela:

II — *Validade intrínseca.* a) *Capacidade.* Entre as condições de validade intrínseca, aparece em primeiro lugar a *capacidade* para outorgar uma convenção nupcial.

A convenção nupcial pode ser celebrada antes ou depois do casamento. A convenção só previu, porém, o caso de o contrato ser feito antes do casamento. É o que se vê da letra do artigo 3.°: «A capacidade de cada um dos futuros cônjuges para outorgar uma convenção nupcial é determinada pela sua lei nacional na ocasião da celebração do casamento».

Nenhuma dúvida pode haver, com efeito, de que a convenção se refere ao contrato antenupcial, pois fala em *futuros cônjuges,* e, quando a convenção é feita depois do casamento, há cônjuges e não futuros cônjuges.

Qual será, pois, a lei reguladora da capacidade na hipótese de o contrato sôbre bens ser feito depois do casamento e os cônjuges terem diferente nacionalidade?

Cremos que deve ser, quanto a cada um deles, a sua respectiva lei nacional.

É a doutrina que resulta dos trabalhos preparatórios e da apreciação sistemática das disposições da convenção.

A delegação da Noruega à conferência de 1904 propôs que ao artigo 3.º do projecto de programa — correspondente ao actual artigo 4.º da convenção, em que se determina que os cônjuges poderão fazer, na constância do matrimónio, uma convenção nupcial, se a sua lei nacional o permitir, — «se juntasse uma disposição segundo a qual a capacidade dos cônjuges para celebrar um contrato de casamento, na constância do matrimónio, devesse ser regulada pela sua lei nacional» (1).

A comissão respetiva da conferência, referindo-se à proposta norueguesa, declarou-a *supérflua* (2). Mas, se a comissão entendia que a proposta era supérflua, é porque entendia também que a sua doutrina era, implicitamente, a doutrina do projecto, que é a doutrina da convenção.

Com o elemento histórico concorda o elemento sistemático. Embora a capacidade constitua uma das condições da validade intrínseca do contrato de casamento, a verdade é que a convenção destacou a capacidade das outras condições de validade intrínseca, quanto aos contratos antenupciais, submetendo-as a leis diferentes, pois mandou regular a capacidade pela lei nacional respectiva de cada um dos cônjuges e mandou regular as demais condições de validade intrínseca pela lei nacional do marido.

Acresce que não há mais razão para submeter à mesma lei a capacidade de ambos os cônjuges para outorgar uma convenção posterior ao casamento do que a há para submeter a uma lei única a capacidade para outorgar uma convenção antenupcial, pois, se se compreende que se mande aplicar uma lei única quanto às condições de validade intrínseca a respeito das quais a lei do marido pode ser incompatível com a lei da mulher no que respeita à regulamentação de *interesses comuns* a ambos os cônjuges, como aconteceria, por exemplo, com duas leis uma das quais estabeleça a imutabilidade das convenções antenupciais e outra permita a sua alteração, o mesmo já não acontece quando se trate da regulamentação de interesses distintos de cada um dos cônjuges, como é o que se refere à capacidade, cujo regime deve depender da lei de protecção do indivíduo, que é a sua lei nacional.

(1) *Documents* de 1904, IV, pág. 78.
(2) *Actes,* IV, pág. 180.

b) *Vícios do consentimento.* Não determinou a convenção de modo especial a lei reguladora dos vícios do consentimento. Determinou, porém, de um modo geral, a lei reguladora das condições de validade intrínseca do contrato de casamento, o consentimento é evidentemente uma dessas condições e, por isso, a teoria dos vícios do consentimento deve considerar-se sujeita à mesma lei que regula as condições de validade intrínseca dêsse contrato, que é, em harmonia com o disposto na alínea 1.ª do artigo 5.º, a lei nacional do marido na ocasião da celebração do casamento, ou, se o contrato for outorgado na constância do matrimónio, a lei nacional dos cônjuges no momento da outorga do contrato.

c) *Limites legais da liberdade de convenção nupcial.* Todas as leis dos Estados contratantes concedem aos cônjuges a liberdade de fazer uma convenção nupcial, mas todas formulam igualmente limites a essa liberdade convencional.

Seguem aquelas leis dois sistemas característicos sôbre o assunto: 1.º) o *sistema latino,* onde a liberdade de convenção é a *regra* e as cláusulas proibidas representam uma excepção; 2.º) o *sistema sueco,* onde se determina com precisão quais são as cláusulas que podem ser estipuladas, considerando-se as demais defesas.

1.º) *Sistema latino.* Neste sistema a liberdade de convenção é a regra geral. Êste princípio é formulado fundamentalmente do mesmo modo nas leis de todos os Estados contratantes latinos, aparecendo assim no art. 1096.º do Código civil português: «É lícito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites

da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens».

Ao lado da regra geral, existem nas leis dos mesmos Estados *preceitos de limitação*, proïbindo, designadamente, as *cláusulas contrárias aos bons costumes*, ou *à ordem pública, ou às disposições proïbitivas*, ou *que privem o marido da administração dos bens* (Código citado, artigo 1104.º).

2.º) *Sistema sueco*. Pelo direito sueco, a convenção nupcial só pode recair sôbre os direitos dos cônjuges a respeito dos seus bens e a respeito da administração dos bens próprios da mulher, isto é, pelo contrato de casamento pode ser aumentada ou reduzida a comunhão e pode estipular-se que a mulher conserve a administração dos seus bens próprios, mas não pode ir mais longe a liberdade convencional dos cônjuges (1).

Sendo assim, qual a lei que deverá considerar-se competente para medir o grau de liberdade convencional dos futuros cônjuges ou dos cônjuges?

Resolve a questão o artigo 5.º da convenção, cuja letra mais uma vez reproduzimos: «A validade intrínseca de uma convenção nupcial e os seus efeitos são regidos pela lei nacional do marido na ocasião da celebração do casamento, ou, se essa convenção foi outorgada na constância do matrimónio, pela lei nacional dos cônjuges no momento da outorga da convenção».

Esta disposição apenas mereceu à comissão de 1904 êste singelo comentário: «Relativamente à validade intrínseca do contrato, a disposição da primeira alínea dêste artigo não exige qualquer observação, a não ser que a expressão — *validade intrínseca* —, empregada também no projecto de convenção relativo ao testamento, é sinónima de — *validade de fundo* e se opõe à expressão — *validade de forma*» (2).

A fórmula — *validade intrínseca* — compreende assim tudo que respeita à validade da convenção nupcial, quanto à organização dos interesses patrimoniais dos cônjuges, que não constitua um elemento de forma, que não entre no domínio

(1) Código de 1734, titulo do casamento, cap. VIII; Lehr, ob. cit., pág. 305.
(2) *Actes*, IV, pág. 181.

da autonomia da vontade e para que a convenção não estabeleça um regime especial, como acontece relativamente à capacidade para outorgar uma convenção nupcial.

348 — III — *Validade extrínseca*. Formulado o regime jurídico internacional da validade intrínseca do contrato nupcial, passa a convenção a estabelecer o regime da sua validade formal, assim definido no

Artigo 6.º *A convenção nupcial é válida quanto à forma, se foi outorgada em conformidade, quer da lei do país em que foi feita, quer da lei nacional de cada um dos futuros cônjuges na ocasião da celebração do casamento, ou ainda, no caso de ter sido outorgada na constância do matrimónio, em conformidade da lei nacional de cada um dos cônjuges.*

Quando a lei nacional de um dos futuros cônjuges, ou, no caso de a convenção ser outorgada na constância do matrimónio, a lei nacional de um dos cônjuges exigir, como condição de validade, que a convenção, pôsto que outorgada em país estranjeiro, tenha uma forma determinada, assim se observará.

A simples leitura dêste artigo mostra que o regime da forma do contrato de casamento é determinado em harmonia com as seguintes regras: *a*) o contrato de casamento é formalmente válido desde que se observe a lei do lugar da celebração; *b*) o mesmo contrato é também formalmente válido desde que se observe a forma da lei nacional, quer de cada um dos futuros cônjuges, se o contrato é antenupcial, quer de cada um dos cônjuges, se o contrato é feito na constância do matrimónio; *c*) se a lei nacional de *qualquer* dos futuros cônjuges ou, no caso de o contrato ser feito na constância do matrimónio, a lei nacional de qualquer dos cônjuges exigir que o contrato, mesmo quando feito em país estranjeiro, revista uma forma determinada, o contrato só será formalmente válido quando revista a forma exigida pela lei nacional.

a) *A forma do contrato de casamento e a lei do lugar da celebração*. Como regra geral, adoptou a convenção o

princípio formulado no velho adágio *locus regit actum*, para determinar a lei reguladora da forma externa do contrato nupcial, dispondo que o contrato será válido quanto à forma desde que seja outorgado em conformidade da lei do lugar da celebração.

Mas, sabido que o contrato de casamento é formalmente válido desde que se observe a lei do lugar da celebração, interessa naturalmente conhecer o direito dos Estados contratantes acêrca da forma do mesmo contrato, para que fique bem determinado o alcance do princípio aceito pela convenção.

Na Bélgica, Holanda, Itália e Portugal, a forma do contrato é um *acto autêntico notarial* e, na Ruménia, é um *acto autêntico judicial*; na Suécia, basta um *escrito particular*, feito perante duas testemunhas, mas precisa o contrato de ser apresentado ao tribunal do lugar do domicílio dos cônjuges dentro de certo tempo e pelo tribunal inscrito num registo próprio, sob pêna de nulidade (1).

b) *A forma do contrato do casamento e a lei nacional dos cônjuges.* A par com o princípio de que o contrato de casamento será válido quanto à forma desde que se observe a lei do lugar da celebração, consagrou a convenção o princípio de que aquele contrato será igualmente válido desde que seja feito em conformidade com a lei nacional de cada um dos futuros cônjuges ou de cada um dos cônjuges, segundo o contrato for feito antes ou depois do casamento.

Representa esta doutrina um desvio do princípio *locus regit actum*, cuja aplicação rigorosa traria como conseqüência que o contrato de casamento só seria válido quando feito em harmonia com a lei do lugar da celebração.

Semelhante desvio da aplicação rigorosa do princípio *locus regit actum* significa que a conferência de 1904 e a convenção aceitaram o princípio, sim, mas com carácter *facultativo*, e não com carácter *obrigatório*.

O entendimento do preceito da convenção exige a análise da questão de qual seja a *forma* da lei nacional a que a convenção se refere.

(1) Códigos civis: belg., artigo 1394.º; hol., artigo 1394.º; it., artigo 1382.º; port., artigo 1097.º; rum., artigo 1228.º; sue., título do casamento, cap. VIII: Lehr, *Droit civil scandinave*, pág. 305.

Segundo acima dissemos, pela legislação dos Estados contratantes, as convenções nupciais devem ser sempre reduzidas a escrito e devem, além disso, ou revestir a forma autêntica, ou ser registadas autênticamente, como sucede na Suécia.

Mas limitada a questão à *forma escrita*, a convenção abrange tanto a *forma autêntica* como a *forma particular*.

A *forma autêntica* supõe a intervenção de um oficial público na celebração do acto jurídico e, por isso, os estranjeiros só poderão praticar actos jurídicos por forma autêntica, ou quando pratiquem êsses actos perante oficial público do Estado local, ou quando os pratiquem perante os agentes diplomáticos ou consulares do seu país, se êsses agentes tiverem competência notarial.

Na hipótese de o acto ser praticado perante um oficial público do Estado local, terá o acto de revestir a forma autêntica da lei local, pela razão já dita de que o oficial público deve exercer o seu ministério segundo a lei do Estado de que é funcionário.

Resta a hipótese de o acto ser praticado perante os agentes diplomáticos ou consulares. Esta hipótese tem, em nosso entender, viabilidade. Os agentes diplomáticos ou consulares, quando tenham competência notarial, são oficiais públicos; quando celebrem actos notariais, devem seguir as leis de forma do Estado que representam; e, quando celebrem uma convenção nupcial entre dois nacionais dêste Estado, o contrato reveste a forma da lei nacional de cada um dos cônjuges, visto terem ambos a mesma nacionalidade. Verifica-se assim a condição, exigida pela convenção, de o contrato ser feito em conformidade da lei nacional de cada um dos cônjuges e, por isso, a forma diplomática ou consular cabe no nosso texto.

Quanto à *forma particular*, como vimos, apenas a admite a lei sueca.

E é interessante notar que esta lei prevê a hipótese de o contrato de casamento ser feito em país estranjeiro, dispondo a êsse respeito: «Se o contrato de casamento for feito no estranjeiro e contiver disposições relativas a bens sitos no reino, e se os cônjuges pretenderem que essas disposições produzam efeitos na Suécia, ainda que êles aí

não venham residir, devem fazer o contrato antes do casamento e perante testemunhas, apresentá-lo ao tribunal e fazê-lo inscrever no prazo de um ano e dia. Se o contrato for feito no estranjeiro e os cônjuges vierem fixar-se na Suécia, deverão fazê-lo inscrever, os suecos, dentro de seis semanas e, os estranjeiros, dentro de seis meses, depois da sua chegada, sob pêna de o contrato ser considerado nulo» (1).

c) *A forma do contrato de casamento e a aplicação obrigatória da lei nacional dos cônjuges.* A alínea 2.ª do artigo 6.º estabelece um caso de *aplicação obrigatória* da lei nacional, dispondo: «Quando a lei nacional de um dos futuros cônjuges, ou, no caso de a convenção ser outorgada na constância do matrimónio, a lei nacional de um dos cônjuges exigir, como condição de validade, que a convenção, pôsto que outorgada em país estranjeiro, tenha uma forma determinada, assim se observará».

É um nôvo desvio do princípio *locus regit actum*, e êste mais acentuado que aquele que até agora temos analisado. Aqui já se não estabelece alternativa entre a lei local e a lei nacional; torna-se obrigatória a observância desta lei. É uma verdadeira mutilação do princípio.

É justo, contudo, observar que, admitido o primeiro, o nôvo desvio do princípio *locus regit actum* é inteiramente lógico. Em verdade, se a forma da lei nacional pode substituir a forma da lei local, é certamente coerente que a forma da lei local deixe de ter valor logo que a lei nacional só considere legítima a forma por ela mesma estabelecida.

O nôvo desvio foi determinado por uma razão de lógica jurídica e por uma razão de direito positivo.

A razão de lógica jurídica está em que as conferências da Haia aceitaram o princípio *locus regit actum* como um princípio facultativo, o que vinha dar valor à lei nacional em face da lei local, sendo um passo lógico considerar exclusivamente legítima a forma requerida pela lei nacional, quando esta exigisse uma forma certa e determinada.

A razão de direito positivo é constituída pela circunstância de algumas legislações, ao mesmo tempo que admitem o princípio *locus regit actum*, exigirem que certos actos,

(1) Código sueco cit., Título do casamento, cap. VIII.

mesmo quando praticados em país estranjeiro, sejam celebrados segundo uma forma determinada, sob pêna de não reconhecerem a sua validade. Assim o faz, designadamente, o direito português, que, admitindo o princípio *locus regit actum* (Código civil, artigo 24.º), dispõe que o contrato de casamento feito por portugueses em país estranjeiro deve ser celebrado perante o cônsul português ou pela *forma autêntica* estabelecida nesse país (Código civil, artigo 1106.º).

349—IV—*Efeitos.* Determinado o regime jurídico internacional da validade tanto intrínseca como formal do contrato de casamento, segue-se naturalmente estudar o regime dos efeitos do mesmo contrato.

O contrato de casamento produz efeitos tanto em relação aos cônjuges, seus herdeiros ou representantes, como em relação a terceiros. Consideraremos separadamente os dois aspectos daqueles efeitos e começaremos pela determinação do regime dos mesmos efeitos nas relações dos cônjuges, seus herdeiros ou representantes.

O regime convencional dos efeitos do contrato de casamento nas relações patrimoniais dos cônjuges contém-se no artigo 5.º, que já conhecemos e que diz: «*A validade intrínseca de uma convenção nupcial e os* seus efeitos *são regidos pela lei nacional do marido na ocasião da celebração do casamento, ou, se essa convenção foi outorgada na constância do matrimónio, pela lei nacional dos cônjuges no momento da outorga da convenção.*

«*A mesma lei decide se e dentro de que limites, têm os cônjuges a liberdade de se reportar a outra lei, a qual, uma vez que a ela se tenham reportado os cônjuges, determinará os efeitos da convenção nupcial*».

Êste preceito é completado pela alínea 2.ª do artigo 9.º, assim redigida: «Se, na constância do matrimónio, acontecer não terem os cônjuges a mesma nacionalidade, deverá a sua última legislação comum ser considerada como sua lei nacional para a aplicação dos artigos supracitados, 1.º, 4.º e 5.º».

Em face dêstes preceitos, por uma de quatro leis podem ser regulados os efeitos do contrato de casamento: *a*) pela lei nacional do marido ao tempo da celebração do casamento, se o contrato é antenupcial; *b*) pela lei nacional dos cônju-

ges, se o contrato é feito na constância do matrimónio; *c*) pela última lei nacional comum dos cônjuges, se êstes deixarem de ter a mesma nacionalidade e o contrato for feito posteriormente ao momento em que êles ficam tendo nacionalidade diferente; *d*) pela lei escolhida pelos cônjuges, se a lei nacional do marido, a actual lei nacional dos cônjuges ou a sua última lei nacional comum, segundo os casos, permitir que os cônjuges se refiram a uma outra lei e êles tenham efectivamente escolhido outra lei para regular os efeitos do contrato nupcial.

a) A primeira lei competente para regular os efeitos do contrato de casamento é a lei nacional do marido. A competência desta lei deriva ou de a mesma lei não permitir a escolha de uma lei diferente, ou de, podendo escolhê-la, os cônjuges a não terem escolhido.

Esta condição de os cônjuges não escolherem outra lei constitui uma simples questão de facto, dependente da mera vontade dos cônjuges, os quais podem escolher sempre, em face das leis dos Estados contratantes, uma lei diferente da sua lei nacional para regular o seu regime de bens, embora nem todas aquelas leis permitam essa escolha com a mesma latitude.

b) A segunda lei considerada competente pela convenção para regular os efeitos do contrato de casamento é a lei nacional dos cônjuges. A competência desta lei depende de duas condições: de a lei nacional dos cônjuges permitir a celebração de convenções nupciais na constância do matrimónio; e de os cônjuges não escolherem uma lei diferente da sua lei nacional para regular os efeitos do contrato de casamento.

c) A terceira lei competente para regular os efeitos do contrato de casamento é a última lei nacional comum dos cônjuges, quando estes deixem de ter a mesma nacionalidade. A competência desta lei depende de se verificarem quatro condições: de os cônjuges deixarem de ter a mesma nacionalidade; de o contrato ser celebrado na constância do matrimónio; de a última lei nacional comum permitir fazer convenções nupciais depois da celebração do casamento; e de os cônjuges não escolherem outra lei.

d) A última lei competente é a lei escolhida pelos cônjuges no contrato de casamento. A competência desta lei depende de duas condições: de a lei nacional do marido ou a lei nacional dos cônjuges, segundo o contrato é feito antes do casamento ou na constância do matrimónio, permitir que os cônjuges se refiram a outra lei; e de os cônjuges se terem efectivamente referido a outra lei quanto ao regime dos efeitos do casamento.

Dentro de que limites poderão, porém, os cônjuges referir-se a uma lei diferente da lei nacional do marido ou da sua lei nacional comum, para regular os efeitos do contrato nupcial?

A comissão de 1904, procurando determinar êsses limites, escreveu o seguinte: «O artigo, no seu conjunto, significa, no que respeita aos efeitos do contrato de casamento: quanto aos *efeitos independentes da vontade dos cônjuges*, que a delegação francesa qualifica de *meramente legais*, regula-os a lei nacional dos cônjuges; quanto aos *efeitos que dependem da vontade dos cônjuges*, sòmente são regulados por esta lei, se os cônjuges, em virtude da liberdade que a lei lhes concedia, os não submeteram a outra lei» (1).

Como já noutro lugar tínhamos notado (2), a convenção conformou-se com a doutrina que considerámos rigorosa, a qual consiste em fixar a lei normalmente competente para regular uma relação jurídica, deixando dependente dessa lei determinar o que é imperativo e o que é supletivo e reconhecendo a legitimidade da autonomia da vontade apenas a respeito das disposições supletivas.

Importa observar que, quando a lei normal do regime permitir a referência a outra lei para regular os efeitos voluntários do contrato de casamento, por essa lei se deve resolver esta questão secundária: se a referência pelos cônjuges a uma lei diferente da lei nacional do marido ou da lei nacional comum deverá ser feita por *forma expressa*, ou também poderá revestir uma *forma tácita* resultante das circunstâncias em que é feito o contrato.

Mas, se a lei nacional do marido ou a lei nacional comum dos cônjuges permitir a referência a outra lei para regular

(1) *Actes*, IV, pág. 182.
(2) L. I, pág. 501.

os efeitos do casamento, qual será a esfera de aplicação desta lei?

Em face da letra da convenção e em face dos seús trabalhos preparatórios (1), apura-se esta doutrina: 1.°) a lei escolhida pelos cônjuges determina, de um modo geral, os efeitos do contrato de casamento, em tudo aquilo em que êsses efeitos não estejam imperativamente determinados pela lei nacional dos mesmos cônjuges, isto é, em face da lei que êstes escolherem se devem determinar os direitos e obrigações patrimoniais dos cônjuges em tudo que depender da sua vontade; 2.°) pela mesma lei se devem *completar* as cláusulas do contrato que os cônjuges formulem de um modo incompleto; 3.°) ainda por tal lei se devem *interpretar* as cláusulas obscuras do contrato.

1.°) Os efeitos do contrato de casamento resolvem-se num sistema de *direitos e obrigações patrimoniais* dos cônjuges, o que equivale a dizer num sistema de direitos relativos à participação dos cônjuges nos bens do casal e num sistema de obrigações relativas à responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas do mesmo casal. Sendo assim, é pela lei escolhida pelos cônjuges que há de determinar-se o regime de bens no casamento.

A escolha do regime de uma lei estranjeira está, porém, dependente das restrições impostas pela lei nacional. Assim, pelo direito italiano, cujo regime legal é o regime da separação de bens, não podem os cônjuges estabelecer como regime convencional um regime de comunhão que abranja mais que os adquiridos (artigo 1433.°).

2.°) A lei escolhida pelos cônjuges fica sendo competente, em segundo lugar, para desenvolver as cláusulas incompletas do contrato de casamento. Assim, se os cônjuges declararem de um modo genérico que desejam casar segundo o regime de comunhão da lei italiana, será por esta lei que hão de determinar-se os bens que constituem a comunhão, bem como a responsabilidade de cada um dos cônjuges pelas dívidas anteriores ou posteriores ao casamento, se os cônjuges, pela lei nacional do marido ou pela sua lei nacional comum, tiverem a faculdade de regular convencionalmente o pagamento das dívidas.

(1) *Actes*, IV, pág. 181 e 182.

3.°) A lei escolhida pelos cônjuges tem finalmente competência para por ela se fazer a interpretação das cláusulas obscuras do contrato de casamento. Como se vê do art. 684.° do nosso Código civil, a lei figura como um dos elementos de interpretação dos contratos. Ora, deve ser naturalmente invocada para esclarecer as cláusulas de um contrato a mesma lei que rege os seus efeitos e, por isso, a lei de interpretação do contrato de casamento, deve ser, quer a lei nacional do marido, ou a lei nacional dos cônjuges, se êles se não tiverem referido a uma lei estranjeira, quer a lei por êles escolhida, quando haja essa referência.

350—O regime de bens dos cônjuges estabelecido em harmonia com a convenção abrange a *universalidade* dos mesmos bens, independentemente da natureza e da situação dêstes. Assim é da índole da relação jurídica de que se trata. A uma *universalidade de bens* deve corresponder a *unidade de regime jurídico*.

Esta unidade de regime jurídico não devia, porém, contrariar as legítimas exigências das leis de ordem pública internacional dos Estados contratantes e, por isso, devia ficar sujeita às *condições* e *limites* impostos pelas mesmas leis.

Estas condições e limites foram estabelecidos e precisados nos artigos 7.° e 8.° da convencão, que vamos analisar, começando pelo artigo 8.°, que fixa as *condições* que a lei local pode exigir e cuja letra é:

Artigo 8.° *Cada um dos Estados contratantes reserva-se:*

1.° exigir formalidades especiais para que o regime dos bens possa ser invocado contra terceiros.

2.° aplicar disposições que tenham por fim proteger terceiros nas suas relações jurídicas com uma mulher casada que exerça uma profissão no território dêsse Estado.

Os Estados contratantes obrigam-se a comunicar-se reciprocamente as disposições legais aplicáveis em conformidade do presente artigo.

Como se vê da sua letra, êste artigo contém duas reservas em favor da aplicação de certas leis dos Estados contratantes e um preceito relativo à aplicação das mesmas leis.

a) Em primeiro lugar, reservaram-se os Estados o direito de exigir formalidades especiais para que o regime de bens possa produzir efeitos em relação a terceiros.

A leitura desta passagem do artigo 8.º suscita a dupla questão: se o artigo se refere apenas aos *regimes convencionais* ou se se refere também ao *regime legal;* e se se refere a *quaisquer* formalidades que a lei de um país exija para que o regime de bens produza efeitos em relação a terceiros, quer se trate de cônjuges nacionais, quer de cônjuges estranjeiros, ou se se refere apenas a formalidades especialmente exigidas para cônjuges estranjeiros.

A primeira questão deve ser resolvida afirmativamente, já porque o texto fala de um modo genérico no regime de bens, não autorizando a distinção entre regimes convencionais e regimes legais, já porque foi êsse o pensamento do legislador internacional, segundo se vê do relatório da comissão de 1900 (1), ao comentar a alínea 2.ª do artigo 5.º do projecto relativo aos efeitos do casamento sôbre os bens dos cônjuges, cuja disposição era semelhante à alínea 1.ª do artigo 8.º da convenção.

A segunda questão deve, a nosso ver, ser resolvida no sentido de que o artigo se refere a quaisquer formalidades que a legislação de um país exija para que o regime produza efeitos em relação a terceiros, sem distinção entre nacionais e estranjeiros e sem que seja necessário que na legislação local haja um preceito que expressamente aplique tais formalidades aos cônjuges estranjeiros (2); 1.º) porque não pode haver dúvida de que o artigo se refere a formalidades *especiais ao regime de bens* e não a formalidades *especiais ao regime de bens de cônjuges estranjeiros,* pois a convenção só fala em *regime dos bens,* sem distinguir entre cônjuges nacionais e cônjuges estranjeiros; 2.º) porque a convenção não exige que sejam expressamente declaradas aplicáveis aos cônjuges estranjeiros aquelas formalidades; 3.º) porque o artigo 2.º da convenção de 12 de junho de 1902 relativa às condições de validade do casamento, onde se determina que a lei do lugar da celebração pode proïbir o casamento por

(1) *Actes*, III, pág. 228.
(2) Cluzel, *Du régime matrimonial d'après la convention de la Haye du 17 juillet 1905*, em 1913, pág. 1127.

certos e determinados impedimentos e cuja fórmula—*pode proïbir*—é semelhante à fórmula do artigo que analisámos —*reserva-se exigir*—, tem sido geralmente entendido no sentido de que não é necessária disposição expressa para que os impedimentos que indica sejam aplicados aos casamentos de estranjeiros (1).

Conhecido assim o alcance geral da alínea 1.ª do artigo 8.º, procuremos determinar a aplicação que o seu preceito poderá ter em face do direito português.

Pelo Código civil, o regime de bens, considerado em si mesmo, não estava sujeito a qualquer meio de publicação, a não ser o regime dotal de bens imobiliários, o qual é, por aquele Código, considerado como um ónus real e, como tal, sujeito a registo (artigo 949.º, n.º 2.º, e § 2.º, n.º 5.º), estando mesmo sujeito a registo provisório, se a dotada for menor (artigos 929.º e 968.º), convertendo-se o registo em definitivo pelo averbamento da certidão do casamento (artigo 971.º).

Pelo Código comercial vigente, estão, porém, sujeitas ao registo comercial todas as convenções antenupciais dos comerciantes (artigo 49.º, n.º 2.º), a não ser que as mesmas convenções estejam sujeitas a registo predial e neste se achem inscritas, pois que, em tal caso, produzirão efeitos, em matéria comercial, desde a data dêsse registo, independentemente de se acharem lançadas no registo comercial (artigo 57.º, § 1.º).

E, tanto pelo Código civil (artigo 951.º), como pelo Código comercial (artigo 57.º), os actos sujeitos a registo não produzem efeitos em relação a terceiros emquanto não estiverem devidamente registados.

Não se limita, porém, a isto o nosso direito actual. O código do registo civil obriga os nubentes a apresentar ao funcionário do registo traslado ou certidão da escritura nupcial, se a houver, ou a protestar pela sua apresentação até o dia da celebração do casamento (artigo 189.º), o oficial do registo deve extratar no edital da publicação do projecto de casamento o contrato de casamento, se já estiver junto o respectivo documento (artigo 190.º), deve ler êste documento

(1) Buzzati, ob. cit., pág. 167 e seg.; Travers, *La convention de La Haye relative au mariage*, vol. I, pág. 310.

antes da celebração do casamento (artigo 220.º, n.º 1.º), deve mencionar no assento do casamento o regime de bens adoptado pelos contraentes, com a indicação do documento comprovativo, se o houver (artigo 222.º 10.º), e do conteúdo do assento de casamento e, portanto, de qual seja o regime de bens pode tomar conhecimento qualquer pessoa, desde que a isso seja autorizada pelo respectivo delegado do Procurador da República (artigo 298.º).

Todos os preceitos apontados do Código civil, do Código comercial e do código do registo civil devem ser aplicados a estranjeiros nos mesmos termos em que são aplicáveis aos cidadãos portugueses. São preceitos destinados a acautelar os direitos de terceiros, constituem, por isso, leis de ordem pública internacional e, como tais, aplicáveis a nacionais e estranjeiros, tanto em face da convenção como em face do direito português comum.

b) Em segundo lugar, reservaram-se os Estados contratantes o direito de aplicar as disposições das suas leis que tenham por fim proteger terceiros nas suas relações com uma mulher casada que exerça uma profissão no território dêsses Estados.

A alínea 2.ª do artigo 8.º também não distingue entre disposições especiais respeitantes a mulheres casadas estranjeitas e disposições relativas à mulher casada em geral e, por isso, deve entender-se que abrange *quaisquer* disposições que na legislação dos Estados contratantes se destinem a proteger terceiros nas suas relações jurídicas com uma mulher casada, que exerça uma *profissão* no território dêsses Estados.

Qual será, porém, o significado exacto da palavra *profissão* empregada no texto?

No projecto elaborado pela comissão de 1904 e por esta apresentado à conferência, em vez de se falar simplesmente em *profissão*, empregava-se a fórmula *profissão lucrativa*. E, por ocasião da discusão, em assembleia geral da conferência, do artigo 11.º daquele projecto, correspondente ao artigo 8.º da convenção, declarou o delegado da Suécia Hammarskjœld que a doutrina da alínea 2.ª do artigo havia sido introduzida para dar satisfação a um desejo especial manifestado pela delegação da Alemanha, relativamente às

mulheres que exercem o *comércio*, a *indústria* ou uma *profissão lucrativa* (1). Não há dúvida, pois, de que o projecto excluía tanto as mulheres que exercem profissões liberais como as que são simples empregadas. Serão, contudo, abrangidas pela convenção, visto haver esta suprimido o adjectivo *lucrativa* e ter deixado a palavra profissão sem qualquer qualificativo?

É certo que, apesar da supressão daquele adjectivo, a conferência não quís abranger as mulheres que exerçam uma profissão liberal ou sejam simples empregadas, pois se lê nas actas: «Em seguida a uma troca de vistas relativa à expressão — *profissão lucrativa* —, precisou-se que se pretendia excluir as pessoas que exercem profissões liberais, assim como as empregadas, e assentou-se em suprimir a palavra *lucrativa*» (2).

Fica assim patente que o texto exclui as mulheres que exercem profissões liberais, bem como aquelas que sejam simples empregadas.

A fim de esclarecer a letra do texto que analisamos, importa ainda determinar o sentido da palavra *terceiros* aí empregada. Pela comparação do texto da alínea 2.ª com a disposição da alínea 1.ª do artigo 8.º, vê-se que a convenção se refere a quaisquer pessoas que contratem com a mulher casada industrial ou comerciante, as quais, sendo partes nas suas relações jurídicas com a mulher casada, são terceiros quanto às relações jurídicas entre esta e o marido. O fim da convenção foi assim proteger as pessoas que contratam com uma mulher casada, não entre si, mas em face das relações jurídicas entre marido e mulher.

Encontrado o sentido do preceito da convenção, determinemos o seu alcance prático em face do direito português.

No estado actual da nossa legislação abrange aquele preceito a *autorização* do marido para a mulher exercer o comércio e a *revogação* dessa autorização.

Tanto a autorização como a sua revogação estão sujeitas ao registo comercial, para que possam produzir efeitos em relação a terceiros (Código comercial, artigo 49.º, n.º 1.º, e

(1) *Actes*, IV, pág. 171.
(2) *Actes*, IV, pág. 172.

artigo 57.º) e, por isso, estão claramente ao abrigo do preceito da convenção.

c) A alínea 2.ª do artigo 8.º da convenção, onde se dispõe — «Os Estados contratantes obrigam-se a comunicar-se reciprocamente as disposições legais aplicáveis em conformidade do presente artigo» — levanta a questão: se a *execução* do preceito da alínea 1.ª depende da *condição* de os Estados contratantes se comunicarem as disposições legais que tenham o carácter indicado na mesma alínea 1.ª, ou se a obrigação formulada na alínea 2.ª representa um simples *meio* de facilitar o conhecimento dos preceitos a que se refere a alínea 1.ª e não uma condição da aplicabilidade dos mesmos preceitos.

Cremos que a questão deve ser resolvida no sentido de a comunicação ser simples meio de facilitar o conhecimento dos preceitos em questão.

Em primeiro lugar, assim resulta dos trabalhos preparatórios da convenção. Em verdade: 1.º) tendo o Conselho federal suíço proposto que a alínea 2.ª do artigo 5.º do projecto de programa, correspondente à alínea 2.ª do artigo 8.º da convenção, fôsse suprimida ou substituída por uma disposição em que a comunicação era claramente transformada em condição da execução da alínea 1.ª do artigo 8.º, a comissão holandesa rejeitou a proposta suíça, o que mostra que aquela comissão entendia que a comunicação não era necessária para se aplicarem as leis locais ressalvadas (1); 2.º) tendo o delegado belga, segundo se diz no relatório da comissão de 1904 (única referência feita ao assunto nas actas da 4.ª conferência) declarado fazer a respeito do nosso texto todas as reservas, por não vêr a sua *utilidade* (2), estas reservas equivaliam, certamente, à opinião de que a comunicação não era necessária à execução do preceito, doutrina que ninguém combateu.

Em segundo lugar, também no artigo 6.º da convenção relativa às sucessões se determina que os Estados contratantes se reservam a faculdade de aplicar à sucessão de estranjeiros as suas leis de interesse e ordem pública e também aí se estabelece que aqueles Estados se comunicarão, por intermédio do govêrno holandês, as leis relativamente às quais

(1) *Documents* de 1904, pág. 89.
(2) *Actes*, IV, pág. 185.

usarão daquela faculdade, mas acrescenta-se que, para os mesmos Estados usarem da referida faculdade, devem fazer a comunicação, o que prova que quando a conferência quis transformar a comunicação das leis locais a aplicar, como leis de ordem pública, em condição da aplicação dessas leis, o determinou expressamente, e, portanto, a comparação das duas convenções confirma a doutrina de que, na convenção relativa às relações jurídicas dos cônjuges, a comunicação é simples meio de execução do seu preceito que permite aos Estados contratantes aplicar aos cônjuges estranjeiros as leis relativas às ressalvas indicadas no artigo 8.º.

351 — Ainda por motivos de interesse e ordem pública, afastou a convenção a aplicação da lei normalmente reguladora das relações patrimoniais dos cônjuges no que respeita aos bens imóveis constituídos pela lei da sua situação sob um regime predial especial. É o preceito do artigo 7.º, assim redigido:

«As disposições da presente convenção não são aplicáveis aos imóveis constituídos, pela lei da sua situação, sob um regime predial especial».

Êste preceito não foi devidamente esclarecido nos trabalhos preparatórios da convenção. Encontram-se, porém, disposições paralelas à dêste preceito no artigo 6.º da convenção de 12 de junho de 1902 relativa à tutela de menores, no artigo 12.º da convenção de 17 de julho de 1905 relativa à interdição, e no artigo 6.º, § 1.º, da convenção da mesma data de 17 de julho de 1905 relativa às sucessões e aos testamentos, ficando o pensamento das conferências esclarecido a respeito de tais convenções. Segundo estas, embora, em regra, a administração dos bens do menor seja regulada pela sua lei nacional, a interdição seja regulada pela lei nacional do interdito, e a sucessão pela lei nacional do autor da herança, a lei nacional competente não se aplica quanto aos bens sujeitos pela lei da sua situação a um regime predial especial, e dos respectivos trabalhos preparatórios infere-se que a restrição significa: 1.º) quanto à tutela de menores, que a convenção quis ressalvar as leis locais que definem o regime da administração tutelar dos bens imóveis perten-

centes a menores estranjeiros (1); 2.°) quanto à interdição, que a convenção quis ressalvar as leis do país da situação dos imóveis que definem o regime da administração tutelar dêsses bens quando pertencentes a estranjeiros (2); 3.°) e, quanto às sucessões, que os Estados contratantes se reservaram aplicar à sucessão de estranjeiros as leis locais respeitantes à ordem da sucessão quanto a determinados bens imóveis (3).

Rigorosamente, pois, não se trata de um regime predial pròpriamente dito, mas de um *regime tutelar* e de um *regime de sucessões* relativos a determinados bens imóveis.

Em face desta doutrina, e atendendo a que a uma fórmula igual deviam as conferências atribuir um sentido equivalente, parece lógica a conclusão de que, na convenção respeitante às relações patrimoniais dos cônjuges, a fórmula — *regime predial especial estabelecido pela lei da situação* — deve significar que os Estados contratantes quiseram ressalvar as leis locais que estabelecem, quanto aos bens imóveis do casal, um regime especial relativamente aos direitos dos cônjuges sôbre êsses bens.

Na constituïção dos direitos patrimoniais dos cônjuges e na partilha dos bens entre êles, no caso de divórcio, ou entre um deles e os herdeiros do outro, no caso de dissolução do casamento por morte, não deverá pois aplicar-se a lei normalmente competente para regular as relações patrimoniais dos cônjuges, se essa lei for contrária à lei da situação dos imóveis, quando esta lei estabelecer um regime especial a respeito dos direitos dos cônjuges sôbre êsses bens.

Ao abrigo da ressalva do artigo 7.° da convenção devem considerar-se as disposições do decreto n.° 7033, de 16 de outubro de 1920, sôbre o *casal de família*, que permitem a manutenção da *indivisibilidade* dêsse casal, depois da morte do cônjuge proprietário de todo ou de parte do mesmo casal, até à maioridade do filho mais nôvo (artigo 24.°). Embora uma lei estranjeira reguladora do regime de bens dos cônjuges permita a partilha de todos aqueles bens logo após a

(1) *Actes*, II, pág. 113 e 114, e III, pág. 104; *Documents*, de 1900, pág. 62.
(2) *Actes*, III, pág. 202.
(3) *Actes*, VI, pág. 32: *Documents* de 1904, pág. 48 e 51.

morte de qualquer dos cônjuges, a lei portuguesa que permite a persistência do casal de família obstará à partilha dêste, se os cônjuges estranjeiros o tiverem constituído, o que a lei lhes não recusa, devendo, por isso, entender-se que lho permite, pois se trata de um direito civil (Código civil, artigo 26.°) (1).

352 — Nos artigos 10.° e 12.° determina a convenção a sua esfera de aplicação, nos termos seguintes:

Artigo 10.° *A presente convenção deixará de ter aplicação quando, em conformidade dos precedentes artigos, a lei que devesse aplicar-se não for a de um Estado contratante.*

Artigo 12.° *A presente convenção aplicar-se há de pleno direito aos territórios europeus dos Estados contratantes.*

Se um Estado contratante desejar que a presente convenção vigore nos seus territórios, possessões ou colónias, situados fora da Europa, ou nas suas circunscrições consulares judiciárias, notificará a sua intenção neste sentido por meio de um acto, que será depositado no arquivo do Govêrno dos Países Baixos. Êste Govêrno, pela via diplomática, enviará a cada um dos Estados contratantes uma cópia autêntica do referido acto. A convenção entrará em vigor nas relações entre os Estados que responderem por uma declaração afirmativa a essa notificação e os territórios, possessões ou colónias, situados fora da Europa, e as circunscrições consulares judiciárias, a respeito das quais tiver sido feita a notificação. A declaração afirmativa será do mesmo modo depositada no arquivo do Govêrno dos Países Baixos, que dela enviará a cada um dos Estados contratantes, pela via diplomática, uma cópia autêntica.

Das disposições dêstes artigos vê-se que o campo de acção da convenção se determina segundo um dúplice cri-

(1) L. I, pág. 192.

tério: *a*) um critério *geográfico; b*) e o critério da *lei aplicável.*

a) *Critério geográfico.* Salva a existência da notificação seguida da declaração afirmativa, previstas e reguladas no artigo 12.°, a convenção aplica-se de pleno direito apenas no *território europeu* dos Estados contratantes. Dando-se as referidas notificação e declaração, a convenção vigorará também, quer nos territórios, possessões ou colónias situados fora da Europa, quer nas circunscrições consulares judiciárias.

Esta ampliação da convenção ao território não europeu dos Estados contratantes e às suas circunscrições consulares judiciárias, a qual pode verificar-se relativamente a todas as convenções de 1905, foi uma inovação da conferência de 1904. As convenções de 1902 haviam limitado a sua vigência ao território europeu dos Estados contratantes.

Deve notar-se que, se cada um dos Estados contratantes pode notificar o seu desejo de que *todos* ou *só algum* ou *alguns* dos seus territórios não europeus ou só as suas circunscrições consulares judiciárias entrem no campo de aplicação da convenção, tem de fazer a notificação a todos os Estados contratantes, não podendo limitá-la a um ou outro dêsses Estados. Infere-se isso do artigo 12.° e está expressamente dito no relatório da comissão (1).

Por sua vez, os Estados a quem é feita a notificação, ou não concordam com a extensão da convenção ou, concordando, têm de aceitá-la tal como ela é feita e para todos os seus domínios onde já vigore a convenção. Também isso se infere do artigo 12.° e foi terminantemente declarado pela comissão: «Os Estados a quem for feito o oferecimento, deverão aceitá-lo tal qual é feito e para todos os seus domínios onde já vigore a convenção. Não poderão fraccionar nem o oferecimento nem as conseqüências da declaração. De outro modo, seria impossível dar aplicação prática à convenção — se retrouver dans le jeu de la convention» (2).

Observaremos, porém, que, do nosso conhecimento, ainda nenhum dos Estados contratantes promoveu a aplicação da convenção aos seus territórios não europeus ou às suas circunscrições consulares judiciárias.

(1) *Actes*, IV pág. 197.
(2) *Actes*, IV, pág. 198.

b) *Critério da lei aplicável.* Êste critério está estabelecido no artigo 10.° da convenção, o qual determina que esta deixará de ter aplicação quando a lei a aplicar, em conformidade das suas disposições, não for a lei de um Estado contratante.

Qual será, porém, o significado exacto do artigo 10.°, ao dizer que a convenção se não aplicará, sempre que, por efeito dos seus artigos, tivesse que aplicar-se uma lei de um Estado não contratante? Quererá dizer que a convenção se não aplica apenas quanto ao elemento da relação jurídica que seria regulado por uma lei de um Estado não contratante, ou significará que a convenção deixa de aplicar-se quanto aos outros elementos da relação jurídica, embora a lei reguladora dêsses elementos seja, segundo a convenção, a lei de um Estado contratante? Suponhamos, por exemplo, que a futura mulher é espanhola e que o futuro marido é português. Pela convenção, a capacidade da mulher para outorgar no contrato antenupcial é regulada pela lei espanhola, a capacidade do futuro marido é regulada pela lei portuguesa, e as condições de validade intrínseca do contrato são reguladas também pela lei portuguesa, como lei nacional do marido. Em tal caso, os Estados contratantes ficarão apenas desobrigados de aplicar a convenção quanto à lei reguladora da capacidade da mulher, visto a Espanha não ser Estado contratante, ou ficarão desobrigados de a aplicar mesmo quanto à lei reguladora da capacidade do marido e das condições de validade intrínseca do contrato?

Parece-nos que o artigo 10.° deve ser entendido no sentido de que a convenção só deixa de aplicar-se quanto aos elementos da relação jurídica que, em harmonia com os preceitos da convenção, deveriam ser regulados por leis de Estados não contratantes.

É o que, a nosso ver, resulta dos trabalhos preparatórios da convenção, do objectivo que a mesma convenção se propôs realizar, e da própria letra do artigo 10.°.

Êste artigo resultou de uma proposta do govêrno alemão, assim redigida: «A presente convenção só se aplica se o marido, no momento da celebração do casamento, for

nacional de um dos Estados contratantes. Nenhum Estado se obriga pela presente convenção a aplicar uma lei que não seja a de um Estado contratante» (1).

A esta proposta foi feita pela comissão holandesa de direito internacional privado a seguinte observação: «Esta disposição é análoga aos artigos correspondentes das convenções de 1902 para resolver os conflitos de leis em matéria de casamento, de divórcio e de separação de pessoas, e relativamente à tutela de menores (artigos 8.° e 9.°). Propomos a sua adopção» (2).

A comissão de 1904, sem procurar precisar o seu alcance, formulou o artigo 10.°, como êle hoje se lê na convenção, e na discussão em assemblea geral da conferência nada se disse que precise o seu sentido.

Vê-se, pois, que a comissão de 1904 aproveitou a primeira frase da alínea 1.ª da proposta alemã e a última frase da segunda alínea dessa proposta, e com elas redigiu o artigo 10.° da convenção, e vê-se ainda que suprimiu na proposta a condição de aplicabilidade da convenção dependente da nacionalidade do marido ao tempo do casamento, para apenas reconhecer a condição de aplicabilidade da convenção dependente da nacionalidade da lei a aplicar. Por outro lado, a comissão holandesa, ao apreciar a proposta alemã, reconheceu o seu paralelismo com as convenções de 1902, e o preceito das convenções de 1902, paralelo ao preceito que a comissão de 1904 aproveitou da proposta alemã, é o seguinte: «Nenhum Estado se obriga, pela presente convenção, a aplicar uma lei que não seja a de um Estado contratante».

Sendo assim, parece que, dos trabalhos preparatórios, resulta que aquilo que se teve em vista foi desobrigar os Estados contratantes de aplicar leis que não fossem leis de outros Estados contratantes, ou em outras palavras, os Estados contratantes ficaram desobrigados de executar a convenção sempre que a sua execução envolvesse a aplicação de leis de Estados não contratantes.

O objectivo da presente convenção foi estabelecer a

(1) *Documents*, IV, págs. 70, 86 e 192.
(2) *Documents* de 1904, pág. 71.

unidade de regime das relações jurídicas dos cônjuges dentro do território convencional, a realização dessa unidade de regime deve ser uma das regras dirigentes da sua interpretação, a mesma unidade de regime realizar-se há sempre que se apliquem os preceitos da convenção, é possível aplicar esta a um elemento das relações jurídicas entre os cônjuges sem que se aplique a todos os elementos dessas relações e, por isso, à realização do objectivo da convenção quadra melhor a nossa interpretação do que a interpretação contrária.

Por fim, o artigo 10.°, declarando que a convenção se não aplica quando, em virtude dos seus preceitos, devesse aplicar-se uma lei de um Estado não contratante, mostra, por sua vez, que a execução da convenção só não deve verificar-se quando essa execução possa conduzir à aplicação de uma lei de um Estado não contratante e que, portanto, a execução deve dar-se sempre que os seus preceitos conduzam à aplicação de leis dos Estados contratantes.

Para bem definir o âmbito de aplicação da convenção, importa ainda determinar o critério da sua aplicação quanto ao *tempo*.

Para êsse efeito, interessa distinguir o *regime dos direitos pessoais* e o *regime dos direitos patrimoniais* dos cônjuges.

Os direitos pessoais dos cônjuges, como são poderes legais, regem-se pela lei vigente ao tempo em que se exercem e, por isso, é evidente que a convenção se aplica a todos os casamentos que persistam na sua vigência, quer sejam anteriores, quer sejam posteriores a essa vigência. Desde que a lei aplicável seja a lei de um dos Estados contratantes e essa lei tenha de aplicar-se no território europeu de qualquer dêsses Estados, a convenção deve cumprir-se.

Quanto ao regime dos direitos patrimoniais, a situação é diferente.

Tratando-se do regime legal ou de um regime contratual anterior ao casamento, a convenção apenas pode compreender os casamentos celebrados depois da sua vigência, pela razão simples de que o regime de bens constitui um sistema de direitos adquiridos, que deve ser regulado pela lei que era competente ao tempo da celebração do casamento.

Se se tratar, porém, de um regime contratual estabelecido na constância do matrimónio, a convenção abrangerá também

os casamentos anteriores à sua vigência, se o contrato nupcial for feito durante esta, no caso, é claro, de a lei nacional dos cônjuges o consentir.

Depois de denunciada a convenção, ainda o regime de bens deverá ser apreciado em harmonia com ela, pela razão dita de que tal regime é um sistema de direitos adquiridos, regulados pela lei competente ao tempo em que se constituíram.

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO 353 — Lei reguladora dos direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais e lei reguladora da capacidade da mulher casada. 354 — Relações jurídico-patrimoniais dos cônjuges. I — *Regime legal*. Lei reguladora da sua determinação. 355 — II — *Regime contratual*. Direito de os cônjuges fazerem um contrato de casamento. 356 — Direito de celebrar um contrato de casamento na constância do matrimónio. 357 — Validade intrínseca do contrato de casamento. 358 — Validade formal do mesmo contrato. 359 — Lei reguladora dos efeitos do contrato de casamento. 360 — O regime dos bens e as leis portuguesas de ordem pública internacional.

353 — Não existe no direito português comum qualquer preceito que determine a lei reguladora dos direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais. Julgamos, contudo, certo que, em face dos princípios gerais de direito internacional privado adoptados pelo Código civil, se deve seguir a doutrina de que aqueles direitos e deveres são regulados pela lei nacional comum dos cônjuges e, na hipótese de os cônjuges terem diferente nacionalidade, pela lei nacional do marido.

Os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais são poderes e obrigações *legais*, derivados do *estado de casado*, e, por isso, salvo preceito em contrário, são lògicamente regulados pela lei que rege o estado das pessoas e, segundo os artigos 24.° e 27.° do Código civil, o estado das pessoas é regulado pela lei do seu país.

Nenhuma dúvida pode, pois, haver de que, na hipótese de marido e mulher terem a mesma nacionalidade, os seus direitos e deveres de carácter pessoal são regulados pela sua lei nacional comum.

Se, porém, marido e mulher forem de diferente naciona-

lidade, dá-se um *conflito de leis pessoais*, que já resolvemos, no sentido da aplicação da lei nacional do marido (1).

Mas, assente que é a lei nacional dos cônjuges ou a lei nacional do marido a lei competente para determinar os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais, ainda importa verificar por que lei hão de determinar-se os *meios de sanção* daqueles direitos.

Pela alínea 2.ª do artigo 1.º da convenção, os meios de sanção dos direitos e deveres dos cônjuges são os determinados pela sua lei nacional, isto é, pela mesma lei que determina aqueles direitos e deveres. E é lógica esta doutrina, pois a eficácia de um direito depende da sanção de que a lei o faz acompanhar e, por isso, é natural que a lei que determina o direito indique a sanção de que êste tira a sua eficácia.

É também a doutrina que, em nosso entender, deve ser defendida em face do nosso direito comum. Os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais são, em face do nosso direito, regulados pela lei nacional dos cônjuges ou pela lei nacional do marido e, por isso, não é senão rigorosamente lógico que a mesma lei indique os meios de sanção daqueles direitos e deveres.

Na convenção acrescenta-se, porém, que os meios de sanção devem ser *igualmente* admitidos pela lei do lugar em que se pretenda tornar efectivos os mesmos direitos e deveres, o que, segundo demonstrámos, significa que o Estado em que os cônjuges pretendam efectivar os seus direitos pode afastar os meios de sanção estabelecidos pela lei nacional dos cônjuges quando contrários às suas leis de interesse e ordem pública.

E é esta ainda a doutrina que nos parece exacta em face do nosso direito comum.

A lei nacional dos cônjuges ou a lei nacional do marido determinará os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais, indicará também os meios de sancionar êsses direitos, mas êsses meios de sanção não poderão ser empregados quando contrários às leis portuguesas de interesse e ordem pública. É uma conseqüência lógica do princípio de que não podem aplicar-se em Portugal as leis

estranjeiras contrárias às leis portuguesas de interesse e ordem pública, princípio aceito pelo autor do Código civil (1).

Assim, se a lei nacional dos cônjuges ou a lei nacional do marido permitir que êste requeira que a mulher lhe seja judicialmente entregue, não poderá êsse meio de sanção ser usado pelo marido em Portugal, pois que o uso de semelhante meio foi claramente proïbido pelo decreto de 25 de dezembro de 1910 com um fim de interesse público, qual foi ou evitar um processo inútil, se a mulher tivesse decisão e coragem para abandonar de nôvo o domicílio conjugal, ou salvar a mulher de uma situação de violências, se lhe faltasse aquele poder de resolução.

Não resolveu a convenção, e também não resolve expressamente o nosso direito comum, por que lei há de ser regulada a capacidade da mulher casada. Já versámos, porém, esta questão, decidindo-a no sentido de que a capacidade da mulher casada deve ser regida pela lei nacional do marido (2)

354—Na determinação do regime jurídico internacional dos direitos patrimoniais dos cônjuges em face do direito português comum, importa analisar duas hipóteses, a de não haver e a de haver contrato de casamento, isto é, importa determinar a lei reguladora tanto do *regime legal* como do *regime convencional* dos bens dos cônjuges.

I—*Regime legal*. Sôbre a determinação da lei reguladora do regime legal dos bens dos cônjuges, há no artigo 1107.º do Código civil um preceito expresso, quanto à hipótese de casamento em país estranjeiro entre português e estranjeira ou entre estranjeiro e portuguesa, redigido nos termos seguintes: «Se o casamento for contraído em país estranjeiro entre português e estranjeira, ou entre estranjeiro e portuguesa, e nada declararem nem estipularem os contraentes relativamente a seus bens, entender-se há que casaram conforme o direito comum do país do cônjuge varão, sem prejuízo do que se acha disposto neste Código relativamente aos bens imóveis».

(1) L. I, n.º 178.
(2) L. I, pág. 465; Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.ºs 105 a 115.

O regime legal dos bens dos cônjuges será, pois, o regime legal estabelecido pela lei nacional do marido, em qualquer das hipóteses de o casamento ser contraído em país estranjeiro entre português e estranjeira ou entre estranjeiro e portuguesa.

Não previu o Código nem a hipótese do casamento entre português e portuguesa em país estranjeiro, nem as hipóteses do casamento entre estranjeiro e estranjeira, ou entre estranjeiro e portuguesa, ou entre portuguesa e estranjeiro em Portugal, nem finalmente a hipótese do casamento de estranjeiros em país estranjeiro. Qual será, pois, a lei reguladora do regime legal dos bens dos cônjuges nestas cinco hipóteses, que o Código não previu expressamente?

Cremos que deve ser sempre a lei nacional do marido, por legítima analogia do preceito do artigo 1107.º (1).

Vê-se, com efeito, dêste artigo que, ou o marido seja português ou seja estranjeiro, o legislador considerou competente a lei nacional do marido quando o casamento seja contraído em país estranjeiro, quer entre português e estranjeira, quer entre estranjeiro e portuguesa.

Se, por isso, o casamento for contraído em país estranjeiro entre portugueses ou entre estranjeiros, é inteiramente legítimo que a nacionalidade do marido decida do regime legal, assim como decide dêste regime na hipótese da diferença de nacionalidade entre os futuros cônjuges.

A razão que determinou o legislador, que foi certamente o considerar o marido como chefe da família, persiste na hipótese de ambos os cônjuges serem portugueses ou estranjeiros, e nenhum elemento nôvo aparece que possa obrigar a adoptar outra lei que não seja a lei do marido, pois, como nas hipóteses previstas no artigo o casamento é celebrado em país estranjeiro.

Quando, porém, o casamento seja contraído em Portugal, há um elemento nôvo—*a celebração em território português*—que importa considerar, para verificar se tal circunstância deve considerar-se irrelevante na determinação da lei reguladora do regime legal dos bens dos cônjuges, ou se, pelo contrário, semelhante circunstância deverá

(1) Vide: Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.º 124.

importar a aplicação da lei portuguesa como lei reguladora do regime.

Em primeiro lugar, continua a ser certo que persiste a razão por que o legislador, na concorrência das três leis para regular o regime na hipótese de o casamento ser celebrado em país estranjeiro—a lei nacional do marido, a lei nacional da mulher e a lei do lugar da celebração—o legislador escolheu a lei nacional do marido. Êste é sempre o chefe da família.

Em segundo lugar, na hipótese de o casamento ser celebrado em país estranjeiro, o lugar da celebração foi pelo legislador considerado elemento irrelevante para a determinação da lei reguladora do regime, pois declarou competente a lei nacional do marido, independentemente da circunstância de êle ser cidadão do Estado da celebração. Ora, se o lugar da celebração não conta para a determinação da lei reguladora do regime, quando o casamento é celebrado em país estranjeiro, parece lógico que também não conte quando o casamento seja celebrado em Portugal.

Demais, se o legislador português não tomou em consideração a soberania do Estado da celebração para fixar a lei reguladora do regime, quando o casamento é celebrado em país estranjeiro, e isto fez, não em proveito da lei portuguesa, mas em proveito da lei nacional do marido, é lícito concluir, por justa reciprocidade, que não podia ser mente do legislador desviar a aplicação da lei nacional do marido quando o casamento seja celebrado em Portugal, aliás teríamos que atribuir-lhe uma concepção muito unilateral acêrca do respeito da soberania relativamente aos actos praticados em território português, isto é, o legislador quereria o respeito da soberania portuguesa quanto aos casamentos celebrados em Portugal, e ser-lhe hia indiferente a soberania dos outros Estados quando o casamento fôsse celebrado no seu território, o que certamente se não coaduna com a base de reciprocidade que está no fundamento jurídico de todas as relações internacionais.

Por fim, não era natural que o legislador português quisesse sujeitar à lei portuguesa o regime de bens dos casamentos celebrados em Portugal, quando é certo que reconheceu amplamente o princípio da autonomia da vontade

na determinação do regime de bens, tanto no direito interno (artigo 1096.°), como no direito internacional privado (artigo 1107.°). Não se compreenderia a imposição da lei portuguesa para a determinação do regime legal, que o legislador considerou meramente supletivo e do qual os cônjuges podem livremente afastar-se (1).

355—II—*Regime convencional.* Para procedermos com clareza na determinação das regras do direito português comum acêrca do regime jurídico convencional dos bens dos cônjuges, consideraremos sucessivamente os seguintes pontos: *a*) direito de fazer convenções antenupciais; *b*) direito de outorgar convenções nupciais na constância do matrimónio; *c*) lei reguladora da validade intrínseca das convenções nupciais; *d*) lei reguladora da forma das convenções nupciais; *e*) lei reguladora dos efeitos das convenções nupciais e da faculdade de os cônjuges escolherem a lei reguladora dêsses efeitos.

a) *Direito de fazer um contrato antenupcial.* Não resolve a nossa lei *directamente* a questão de saber por que lei hão de guiar-se os tribunais portugueses para determinar se os cônjuges tinham ou não a faculdade de outorgar uma convenção nupcial e, tendo-a, dentro de que limites a podiam exercer. Cremos, porém, que a resolve *indirectamente* o artigo 1107.° do Código civil.

Estabelece êste artigo o processo de determinação do regime legal, se os cônjuges não tiverem escolhido um regime convencional. Ora êsse regime legal é o regime legal do país do marido e, por isso, se deve entender que aquele artigo quis admitir o regime legal nos termos em que êle é estabelecido pela lei do país do marido e, portanto, semelhante regime deve ser observado como imperativo ou como

(1) Algumas legislações, como acontece com a legislação portuguesa (Código civil, artigos 1235.° e 1237.°; decreto n.° 5644, de 10 de maio de 1919, artigos 1.° e 2.°), estabelecem restrições ao regime legal da comunhão de bens entre os cônjuges, no caso de segundas núpcias, quando qualquer dos cônjuges tenha filhos do primeiro matrimónio. Semelhantes restrições têm a sua razão de ser nos direitos de sucessão dos filhos e, por isso, devem ser regulados pela lei competente para reger a sucessão do binubo com filhos, que, segundo o nosso direito, é a lei nacional do mesmo binubo (Vide Von Bar, ob. cit., § 190.°).

meramente supletivo, em harmonia com a lei que o estabelece. Isto equivale a dizer que a medida da autonomia dos cônjuges para outorgar um regime convencional é determinada pela lei nacional do marido.

Esta ilação do artigo 1107.° é inteiramente justa, tanto pelo que respeita ao modo de ser do princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado, como em face da natural coordenação do regime de bens dos cônjuges com a lei que, de um modo geral, regula as relações jurídicas dos mesmos cônjuges.

A autonomia da vontade não pode deixar de exercer-se dentro de uma determinada lei, a qual constitui, por assim dizer, o *molde* dentro do qual pode desenvolver-se a livre actividade dos indivíduos.

Mas, se é precisa uma lei-regra que presida à manifestação da vontade dos cônjuges e que marque o campo em que essa vontade fica sendo autónoma, é essa lei naturalmente a lei nacional do marido, a qual é, pelo nosso direito, a lei da organização das relações entre os cônjuges.

356—b) *Direito de outorgar convenções nupciais na constância do matrimónio.* Como vimos, em geral as legislações consideram imutável o regime de bens estabelecido no momento da celebração do casamento, quer se trate do regime legal, quer se trate de um regime convencional. Ao número destas legislações pertence o direito português, como se vê claramente do artigo 1105.° do Código civil.

Legislações há, porém, como a alemã e a suíça, que permitem fazer e revogar convenções nupciais na constância do matrimónio. Daqui a questão—se podem ter valor em Portugal as convenções nupciais feitas na constância do matrimónio, quando ambos os cônjuges, ou um deles, pertencerem a um país cuja lei permite semelhantes convenções.

Sôbre a determinação da lei reguladora da mutabilidade ou imutabilidade do regime matrimonial, três sistemas, fundamentalmente, têm sido sustentados pela doutrina: 1.°) o sistema da competência da lei reguladora da *forma* do contrato antenupcial; 2.°) o sistema da competência da *lei nacional dos cônjuges;* 3.°) o sistema da *territorialidade.*

1.°) O sistema de que a mutabilidade ou imutabilidade

do regime matrimonial depende da lei reguladora da forma do contrato antenupcial, isto é, da lei do lugar onde for realizado o contrato, foi seguido por alguns escritores e tribunais franceses sòmente. Apareceu como um corolário ilógico do facto de o código civil francês haver definido no mesmo artigo, 1394.°, a *anterioridade* do contrato de casamento, relativamente à celebração dêste, e a *forma* do mesmo contrato, considerando-se a anterioridade do contrato como um elemento da sua validade formal. É evidente a sua falta de fundamento scientifico e pode dizer-se que é um sistema quási inteiramente abandonado pela doutrina. Em verdade, diremos com Von Bar, a forma de um acto jurídico é tudo e é sòmente aquilo que as partes devem realizar para dar à sua vontade a expressão requerida pela lei, e as leis relativas à mutabilidade ou imutabilidade não se referem a um modo de manifestação da vontade, mas permitem ou proíbem a própria manifestação da vontade.

2.°) O segundo sistema faz entrar a questão da mutabilidade ou da imutabilidade do regime matrimonial na esfera de acção da lei pessoal e resolve-a, geralmente, pela aplicação da lei nacional dos cônjuges e, quando êstes não tenham a mesma nacionalidade, pela lei nacional do marido, como chefe e centro da unidade da família. Por tal sistema, o regime de bens será, pois, imutável ou poderá mudar, segundo o considerar susceptível ou não de mudança a lei pessoal do marido. Do valor dêste sistema diremos conjuntamente com a apreciação do sistema da territorialidade.

3.° O terceiro sistema sustenta que o preceito de lei que, num determinado país, estabelece a imutabilidade do regime matrimonial é um preceito de interesse e ordem pública e, como tal, aplicável tanto a nacionais como a estranjeiros.

Qual dos dois sistemas será scientificamente fundamentado, o sistema da personalidade ou o sistema da territorialidade do preceito que estabelece a imutabilidade do regime?

A solução do problema só pode resultar do fim social que o legislador tenha atribuído àquele preceito.

Foi um fim de protecção dos cônjuges nas suas relações patrimoniais, isto é, um fim de protecção da família? Então trata-se de uma lei de protecção pessoal, essa lei deve acompanhar as famílias nacionais em país estranjeiro e, no país, não deve aplicar-se às famílias estranjeiras.

Foi, ao contrário, um fim de protecção de terceiros nas suas relações com os cônjuges, isto é, um fim de protecção dos credores dos cônjuges? Então temos uma lei de interesse e ordem pública, contra a qual não pode prevalecer uma lei estranjeira que admita a mutabilidade do regime matrimonial.

Qual será, pois, o fim do preceito que proíbe a mutabilidade das convenções nupciais?

Parece incontestável que, se não foi o único, foi um grande motivo do preceito legal assegurar a pureza do vínculo conjugal, tirando àquele dos cônjuges que poderia ter preponderância toda a possibilidade de usar dela para obter estipulações que lhe fossem vantajosas.

Mas a protecção dos cônjuges não foi apenas um motivo do preceito, foi o seu *principal motivo*. Prova-o à evidência a consideração de que a mudança de regime tanto pode *prejudicar* como pode *favorecer* os credores dos cônjuges, bastando, por exemplo, que os credores sejam do marido, que o regime primitivo seja de separação, que os bens sejam da mulher, e que o regime nôvo seja de comunhão. Quem perde e quem ganha nesta mudança de regime? Quem perde é a mulher, e quem ganha são os credores. Ora, não seria lógico juridicamente que se proïbisse, em benefício dos credores, a prática dum acto que os pudesse favorecer. Se o legislador tivesse em mente o interesse dos credores, a disposição devia ser muito outra, e seria certamente no sentido de proïbir a mudança do regime em prejuízo dos credores.

Além de que, quando a lei quere defender os interesses de terceiros contra a prática de actos jurídicos que podem prejudicá-los, ou lhes dá o direito de requerer a sua anulação (Código civil, artigo 1030.° e seguintes), ou manda dar a êsses actos uma publicidade sem a qual êles não produzem efeitos em relação a terceiros, como acontece com os actos sujeitos ao registo predial (Código citado, artigo 951.°) e ao registo comercial (Código comercial, artigo 57.°), e não declara nulos directamente êsses actos, de modo que êles não produzam efeitos entre as partes.

Mas, se a protecção da família foi o motivo principal da lei, constitui essa protecção o *fim social* da mesma lei, esta

entra lògicamente no número das leis pessoais e, por isso, não poderá considerar-se de ordem pública internacional.

Em qual dos três sistemas, deveremos, porém, integrar o direito português?

Entendemos que deve integrar-se no segundo sistema e, portanto, que a lei portuguesa deve ser apenas aplicável a portugueses, de modo que em Portugal poderão os cônjuges estranjeiros, cuja lei nacional o permitir, fazer convenções nupciais na constância do matrimónio, deverão ter efeito em Portugal tais convenções quando feitas em país estranjeiro pelos mesmos cônjuges, e não será permitido a cônjuges portugueses fazer as referidas convenções ainda nos países que as admitem.

Além das razões apontadas em defesa do segundo sistema, aduziremos ainda as seguintes.

Em primeiro lugar, o Código civil considerou o regime de bens no casamento como intimamente relacionado com a lei reguladora das relações pessoais dos cônjuges, pois mandou determinar o regime, no silêncio dos cônjuges, pela lei nacional do marido. Sendo assim, não é senão lógico que da lei nacional do marido se considere dependente o direito de fazer convenções nupciais na constância do matrimónio.

Em segundo lugar, não mandou o Código civil dar qualquer publicidade ao contrato de casamento, a não ser a que resulta de êste ser feito por escritura pública, o que mostra que, ao formular o preceito do artigo 1105.º, não teve em vista o interesse de terceiros.

Por fim, Portugal assinou e ratificou a convenção da Haia que acabamos de analizar, a qual considerou (artigo 4.º) como leis pessoais os preceitos relativos à mutabilidade ou à imutabilidade do regime matrimonial. Nas relações com os Estados contratantes, o artigo 1105.º será, pois, considerado como uma lei pessoal, e não faria sentido que fôsse considerado como lei de ordem pública nas relações com os outros Estados (1).

(1) Sôbre a doutrina sustentada no texto, que é a doutrina geralmente seguida, pode vêr-se: Anzilotti, *I mutamenti dei rapporti patrimoniali fra conjugi nel diritto internazionale privato*, Bologna, 1900, pág. 67 e seg.; Rolin, ob. cit., tomo III, pág. 86 e 87; Weiss, *Traité* tomo III, pág. 618 e seg.; Surville et Arthuys, ob. cit., n.º 368; Audinet, pág. 473.

357 — c) *Lei reguladora das condições de validade intrínseca do contrato de casamento.* Para esclarecer êste ponto, importa determinar a lei reguladora da capacidade, a lei reguladora dos vícios do consentimento e a lei reguladora dos limites da vontade dos cônjuges ao estabelecer as cláusulas das convenções nupciais.

1.º) *Capacidade.* Êste ponto é directamente resolvido pelos artigos 24.º e 27.º do Código civil. A capacidade para outorgar um contrato nupcial é uma modalidade da capacidade contratual e esta é regulada, quanto a portugueses, pela lei portuguesa (artigo 24.º) e, quanto a estranjeiros, pela lei do seu país (artigo 27.º).

Esta doutrina é aplicável tanto às convenções antenupciais como às feitas na constância do matrimónio e, nesta hipótese, quer os cônjuges tenham a mesma, quer tenham diferente nacionalidade.

Se se tratar de convenções antenupciais, nenhum vínculo existe ainda entre os contraentes e, por isso, nada pode opor-se a que se aplique a cada um deles a sua lei nacional, para verificar se têm capacidade para outorgar nas mesmas convenções.

Se se tratar de convenções feitas na constância do matrimónio, como estas convenções representam simples actos de vontade, e não constituem uma exigência dos interesses superiores da família, podem os cônjuges ser considerados independentemente da unidade familiar, nenhuma razão há para submeter a mulher à lei do marido ou o marido à lei da mulher e, por isso, nenhuma razão há também para não aplicar a cada um a sua própria lei nacional, como lei reguladora da sua capacidade. É a doutrina que resulta do artigo 3.º da convenção e aquela que, sendo teòricamente a mais lógica, está mais de harmonia com os artigos 24.º e 27.º do Código civil (1).

2) *Vícios do consentimento.* Como em qualquer outro contrato, o *mútuo consenso* é um elemento da validade intrínseca das convenções nupciais e, como também em qualquer outro contrato, o consentimento dos cônjuges deve ser isento dos vícios de êrro, dolo ou coacção.

(1) Supra, n.º 347.

Qual, pois, a lei por onde deverá determinar-se se o consentimento dos cônjuges foi isento de êrro, dolo ou coacção?

Em harmonia com a doutrina que formulámos e sustentámos noutro lugar (1), deve considerar-se competente a lei que regula imperativamente o regime de bens, que é a relação jurídica constituída pelo contrato de casamento. E, portanto, a lei nacional do marido.

3) *Limites da liberdade de convenção nupcial.* As legislações que concedem aos futuros cônjuges a faculdade de fazer convenções nupciais, sempre estabelecem limites a essa faculdade, limites que ora são relativos aos interesses gerais da colectividade, ora se referem aos direitos dos cônjuges ou de seus herdeiros legitimários (2).

Por que lei deverão, pois, ser regulados os limites da liberdade de os cônjuges formularem as cláusulas das convenções nupciais?

Uma distinção se impõe imediatamente. Trata-se de cláusulas contrárias aos bons costumes ou à ordem pública? Estamos evidentemente na esfera de acção das leis de interesse e ordem pública, e o valor das cláusulas das convenções nupciais, sob êsse ponto de vista, há de ser apreciado em cada país segundo as leis dêsse mesmo país e, em Portugal, segundo as leis portuguesas.

Trata-se, porém, de cláusulas relativas aos direitos dos cônjuges, dos filhos ou dos herdeiros?

Tudo isso interessa às relações *internas* da família ou aos direitos de sucessão, entra naturalmente na esfera de competência da lei reguladora das relações de família ou das sucessões, e, portanto, deve ser em face dessa lei que há de determinar-se o valor de tais cláusulas. A lei competente para regular as relações de família considerada na sua unidade funcional é, em face do direito português, a lei nacional do marido, e a lei reguladora da sucessão é a lei nacional do autor da herança e, por isso, a validade das mesmas cláusulas deve ser apreciada nos tribunais portugueses segundo a lei do país de que o marido for cidadão ou segundo a lei do país que deva regular a sucessão de cada um dos cônjuges (1).

(1) Supra, n.º 240.
(2) Supra, pág. 509.

358 — d) *Lei reguladora da forma das convenções nupciais.* Quanto à determinação desta lei, já noutro lugar dissemos que o Código civil estabeleceu uma excepção ao princípio *locus regit actum*, reconhecido no artigo 24.º. A excepção é formulada no artigo 1106.º, cuja letra diz: «*As convenções antenupciais estipuladas em país estranjeiro, entre súbditos portugueses, regulam-se pelas disposições desta secção, podendo, todavia, ser redigidas, ou pela forma autêntica estabelecida nesse país, ou perante os agentes consulares do Govêrno português que aí existirem*».

Para bem determinar o alcance desta excepção, importa considerar separadamente: 1.º) as convenções feitas em país estranjeiro entre portugueses ou entre portugueses e estranjeiros; 2.º) as convenções feitas em Portugal, quer entre portugueses e estranjeiros, quer entre estranjeiros sòmente; e 3.º) as convenções feitas entre estranjeiros em país estranjeiro.

1.º) *Convenções entre portugueses ou entre portugueses e estranjeiros em país estranjeiro.* α) *As convenções nupciais e a forma da lei local.* O artigo 1106.º do Código civil apenas prevê a hipótese de o contrato de casamento ser feito em país estranjeiro entre súbditos portugueses, preceituando que, em tal hipótese, o contrato seja redigido pela forma autêntica estabelecida nesse país.

Deixou, por isso, o artigo sem solução a hipótese de o casamento ser celebrado entre português e estranjeira, e a hipótese de o casamento ser celebrado entre estranjeiro e portuguesa. Como resolver, pois, estas duas hipóteses? Aplicando a regra geral do artigo 24.º, ou ampliando a regra excepcional do artigo 1106.º?

A resposta é dada pelo artigo 11.º do Código civil, assim redigido: «A lei que faz excepção às regras gerais não pode ser aplicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei».

(1) Também pela lei competente para regular a sucessão de cada um dos futuros cônjuges ou dos cônjuges deverão ser reguladas as restrições que, no caso de segundas nupcias, limitam a liberdade contratual dos binubos com filhos de anterior matrimónio (Vide: supra, pág. 538, nota (1).

A disposição do artigo 1106.° só pode, portanto, aplicar-se à hipótese de ambos os futuros cônjuges serem portugueses, devendo as outras duas hipóteses ser regidas pelo princípio geral estabelecido no artigo 24.° e podendo, conseguintemente, o contrato, nessas duas hipóteses, ser feito por forma autêntica ou por *forma particular*, se esta for suficiente segundo a lei do lugar da celebração (1).

β) *Competência dos agentes consulares portugueses para exararem convenções nupciais.* Em face do art. 1106.°, os cônsules portugueses podem exarar convenções nupciais entre dois súbditos portugueses.

Poderão, porém, exarar essas convenções entre um súbdito português e um estranjeiro?

O artigo 1106.° do Código civil apenas se refere ao contrato consular quando ambos os contraentes sejam portugueses. Por seu lado, o artigo 241.° do regulamento consular dispõe que aos funcionários consulares compete lavrar escrituras ou instrumentos outorgados por portugueses *ou entre portugueses e estranjeiros*.

A comparação dos dois textos suscita imediatamente a pergunta:—o artigo 1106.° do Código civil deverá considerar-se uma excepção ao artigo 241.° do regulamento consular, de modo que ainda hoje os cônsules portugueses apenas possam celebrar contratos de casamento entre súbditos portugueses, ou deverá a disposição do Código civil ser entendida no sentido de poderem ser feitos perante os cônsules portugueses contratos de casamento entre portugueses e estranjeiros?

Parece-nos que se lhe deve dar esta segunda interpretação. E isto por duas ordens de considerações.

Em primeiro lugar, o artigo 1106.° do Código civil foi redigido na vigência do regulamento consular de 26 de novembro de 1851, que não reconhecia aos cônsules competência para celebrar casamentos, nem entre portugueses, nem entre portugueses e estranjeiros, e, por isso, podia limitar-se sem inconveniente a competência consular para a celebração de convenções nupciais. Contudo, o regulamento consular vigente dá competência aos cônsules para celebrar casamentos entre portugueses ou entre português e estranjeira (artigo 145.°). Ora, se se supusesse que o artigo 1106.° do Código civil devia considerar-se como lei especial em face do regulamento consular, que êste não revogara, resultaria esta situação estranha e sem lógica: os cônsules portugueses poderiam celebrar casamentos de pessoas, em cujas convenções nupciais não podiam intervir.

(1) Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., pág. 135.

Em segundo lugar, o artigo 1106.°, atentamente analisado, não proíbe a celebração, perante os cônsules, do contrato de casamento entre português e estranjeiro. O seu preceito é que, quando os contraentes sejam ambos portugueses, o contrato ou há de revestir a forma autêntica da lei do lugar da celebração, ou há de ser celebrado no consulado português, isto é, nunca pode deixar de ser um acto autêntico, o que não quere dizer que, quando só um dos contraentes for português, o contrato não possa ser celebrado sempre em harmonia com a lei do lugar da celebração, embora por documento particular, ou o não possa ser no consulado português.

2.°) *Convenções celebradas em Portugal entre portugueses e estranjeiros ou entre estranjeiros sòmente.* Nenhuma destas hipóteses é prevista pela lei, nem numa disposição de carácter geral, pois não há no Código civil preceito algum acêrca da lei reguladora da forma dos actos jurídicos praticados pelos estranjeiros em Portugal, nem num preceito especial acêrca do contrato de casamento. Não pode, porém, haver dúvida de que, em ambas as hipóteses, a forma da convenção nupcial é regida pela lei portuguesa, como lei do lugar da celebração.

A razão é simples. Como vimos (1), o princípio *locus regit actum* tem, segundo as nossas leis, *carácter imperativo* e, por isso, os estranjeiros que fazem em Portugal o seu contrato de casamento, têm de conformar-se com a lei portuguesa, que exige que o contrato seja feito por escritura pública (Código civil, artigo 1097.°), não podendo reconhecer-se valor jurídico ao contrato feito por outra forma. A obrigatoriedade geral do princípio *locus regit actum* não obsta, porém, a que os estranjeiros possam fazer o seu contrato de

(1) Supra, n.° 244.

casamento perante os cônsules do seu país, em harmonia com a doutrina que acima estabelecemos (1).

3.°) *Convenções celebradas por estranjeiros em país estranjeiro.* Também no Código civil se não encontra, nem um princípio geral acêrca da lei reguladora da forma dos actos praticados por estranjeiros em país estranjeiro, nem um princípio especial acêrca da forma das convenções nupciais feitas por estranjeiros em país estranjeiro.

É, porém, incontestável, como já demonstrámos (2), em face dos artigos 1965.° e 2430.° do Código civil e do art. 4.°, n.° 3.°, do Código comercial, que o princípio *locus regit actum* compreende os actos praticados por estranjeiros em país estranjeiro e, por isso, é para nós certo que o contrato de casamento feito por estranjeiros em país estranjeiro deve revestir a forma da lei do lugar da celebração.

359—*e*) Para completar o estudo do regime jurídico internacional das convenções nupciais, segundo o direito português comum, resta-nos determinar a lei reguladora dos efeitos daquelas convenções, isto é, a lei reguladora dos direitos e obrigações patrimoniais dos cônjuges em face das convenções nupciais.

Duas questões, fundamentalmente, compreende êste estudo: 1.°) se e em que termos podem os cônjuges escolher um regime de bens estabelecido e regulado por uma lei estranjeira; 2.°) qual a lei segundo cujas disposições devem ser completadas e interpretadas as convenções nupciais, para a determinação exacta dos seus efeitos.

1.°) Os direitos e obrigações patrimoniais dos cônjuges são definidos pelo regime matrimonial e, por isso, a primeira questão a resolver, quanto à determição da lei reguladora dos efeitos das convenções nupciais, consiste, naturalmente, em verificar se os cônjuges podem adoptar um regime de bens estabelecido e regulado por uma lei estranjeira e, no caso afirmativo, os termos em que o podem fazer.

Esta questão deve ser resolvida em harmonia com a lei nacional dos futuros cônjuges, ou com a lei nacional dos

(1) Supra, n.° 250.
(2) Supra, pág. 99.

cônjuges (segundo se tratar de convenções antenupciais ou de convenções feitas na constância do matrimónio), quando êles tenham a mesma nacionalidade, ou em harmonia com a lei nacional do marido, quando sejam de diferente nacionalidade.

A escolha de um regime estabelecido por uma lei estranjeira representa um *desvio* do regime legal, a lei competente para definir o regime legal é a lei nacional dos futuros cônjuges ou a lei nacional do marido ao tempo do casamento, segundo acima demonstrámos a mesma lei *mede* evidentemente a *liberdade* de escolha de um regime convencional e, por isso, ainda à mesma lei compete, sem a mínima dúvida, indicar se e em que termos os cônjuges podem escolher um regime matrimonial estabelecido por uma lei estranjeira, determinando, designadamente, se êles podem fazer uma referência genérica a um regime estabelecido por uma lei estranjeira (1).

2.°) Ao outorgar as convenções nupciais, podem os cônjuges declarar simplesmente que pretendem casar-se segundo determinado regime (comunhão, separação, dote), sem designar se querem adoptar o regime de uma determinada lei; podem declarar, sem mais pormenores, que querem casar-se segundo determinado regime estabelecido por uma lei estranjeira; e podem, finalmente, mostrar que adoptam um regime estabelecido numa lei estranjeira, transcrevendo as disposições dessa lei sôbre o mesmo regime. Sendo assim, pode ser necessário recorrer às disposições supletivas de uma lei certa e determinada: no primeiro caso, para verificar que *forma* de comunhão (universal, de móveis, de adquiridos, etc.), de separação ou de dote os cônjuges tiveram em vista; no segundo, para completar, esclarecer e desenvolver a vontade dos contraentes; no terceiro, para preencher as lacunas que possa haver na transcrição, quanto à determinação dos direitos dos cônjuges.

Essa lei a que tenha de recorrer-se para qualquer dos fins indicados pode chamar-se *lei de interpretação* das convenções nupciais. E qual será essa lei de interpretação?

O processo de determinação da lei de interpretação dos

(1) Supra, pág. 538.

contratos nupciais não é idêntico nos três casos indicados e, por isso, consideraremos separadamente cada um dêsses casos.

Se os cônjuges, no contrato nupcial, se limitaram a escolher certo regime (comunhão, separação, dote), sem designar qualquer lei reguladora do mesmo regime, a lei de interpretação do contrato deve ser aquela que, segundo as circunstâncias, se possa presumir que êles quiseram adoptar. Assim, se êles fizeram o contrato no seu país, é legítima a presunção de que quiseram estabelecer o regime regulado na lei dêsse país. Se fizeram o contrato num consulado do seu país, ainda prevalece a mesma presunção. Se, ao contrário, fizeram o contrato em país estranjeiro e as circunstâncias indicarem que quiseram referir-se a um regime regulado pela lei do lugar da celebração, será a lei dêsse país a lei de interpretação do contrato. Esta doutrina funda-se em que os cônjuges podem manifestar a sua vontade tanto por palavras como por factos donde ela necessàriamente se deduza (Código civil, artigo 648.°) e, de que, num ponto submetido ao princípio da autonomia da vontade, vale como lei a mesma vontade, revelada quer por palavras, quer pelas circunstâncias (Código citado, artigo 684.°).

Importa, porém, notar que não poderá aplicar-se a mesma doutrina, quando a lei nacional dos cônjuges ou a lei nacional do marido não permitam a referência *tácita* ou a referência *genérica* a uma lei estranjeira. Então só tem valor uma referência *expressa* ou a *transcrição* no contrato das disposições da lei estranjeira e, portanto, se uma ou outra condição se não verificar, a lei de interpretação só pode ser a lei nacional dos cônjuges ou a lei nacional do marido.

E ainda será esta a lei de interpretação do contrato quando as circunstâncias não indiquem que os cônjuges quiseram referir-se a uma lei estranjeira, pois, na falta de manifestação da vontade em sentido contrário, a lei nacional dos cônjuges é naturalmente a lei supletiva da sua vontade, como lei normalmente competente para regular as suas relações jurídicas.

Se os cônjuges, sem mais pormenores, declararem que pretendem casar segundo certo regime de uma lei estranjeira determinada, e a lei nacional permitir a referência genérica

a uma lei estranjeira, será esta a lei de interpretação do contrato. Em verdade, se os cônjuges disserem, por exemplo, que adoptam o regime de separação da lei italiana, deve presumir-se que êles queriam seguir o regime como êle é regulado pela lei italiana e, por isso, essa lei é a que deve ser lògicamente invocada para completar ou esclarecer a vontade dos cônjuges.

Se, por fim, os conjuges adoptarem um regime estabelecido e regulado por uma lei estranjeira, transcrevendo no contrato as disposições dessa lei, deve a mesma lei ser considerada competente para esclarecer as cláusulas do contrato. É de primeira intuïção.

Cumpre, porém, não esquecer nunca que a lei estranjeira só pode aplicar-se a título de lei supletiva e que, portanto, nunca poderá, com a sua aplicação, ser contrariada uma disposição imperativa da lei nacional dos cônjuges ou da lei nacional do marido.

360 — A lei reguladora do regime matrimonial é ou a lei nacional dos cônjuges ou a lei nacional do marido.

Pode qualquer destas leis ser uma lei estranjeira, os tribunais portugueses não podem aplicar as leis estranjeiras contrárias às leis portuguesas de interesse e ordem pública e, por isso, importa determinar em que termos as leis portuguesas de interesse e ordem pública podem modificar a universalidade do regime de bens regulado normalmente por uma lei estranjeira.

Sôbre esta delicada questão limita-se a nossa lei à frase que vamos grifar no artigo 1107.° do Código civil: «Se o casamento for contraído em país estranjeiro entre português e estranjeira ou entre estranjeiro e portuguesa, e nada declararem nem estipularem os contraentes relativamente a seus bens, entender-se há que casaram conforme o direito comum do país do cônjuge varão, *sem prejuízo do que se acha disposto neste Código relativamente aos bens imóveis*».

Sendo assim, impõe-se determinar: 1.°) qual o significado desta passagem do artigo 1107.°; 2.°) se, além da limitação que resulta das disposições da lei portuguesa relativas aos bens imobiliários, outras ainda existirão que modifiquem

a aplicação das leis estranjeiras normalmente competentes para regular o regime matrimonial.

1.º) São bem poucos os elementos que possuímos para a determinação do pensamento do legislador ao formular a limitação que se lê no artigo 1107.º.

Restringem-se êsses elementos a uma passagem das *Apostilas* do autor do Código civil e a um breve comentário que o anotador do mesmo Código fez àquele artigo.

O Visconde de Seabra, na *Apostila* n.º 3 à censura de Alberto de Morais Carvalho sôbre o projecto do Código civil, escreveu estas linhas (páginas 18 e 19): «A capacidade do estranjeiro é regulada pelo estatuto pessoal, da mesma forma que a dos portugueses, que emquanto residem fora do país se conservam sujeitos à mesma lei no tocante aos actos, que houverem de produzir os seus efeitos no reino. Mas esta regra assim absolutamente estabelecida poderia conduzir algumas vezes a resultados inadmissíveis, ou emquanto ao interesse particular, ou emquanto ao interesse público; e é por isso que se encontrarão nos lugares competentes do Código diversas excepções. Tais são, por exemplo, os contratos e actos considerados imorais ou ilícitos, ou contrários à ordem pública, segundo a lei do país, *ou que forem opostos às leis que regem a propriedade imobiliária*».

O dr. Dias Ferreira, anotando o artigo 1107.º, escreveu: «No casamento em país estranjeiro entre português e estranjeira, ou entre estranjeiro e portuguesa, prevalece, na falta de declaração, o direito do país do cônjuge varão; e presume-se assim a comunhão de bens ou a separação conforme o determinado no seu estatuto pessoal, *ficando apenas sujeitos às condições da lei portuguesa os bens prediais,* como a hipoteca, que não é exequível em Portugal antes de ser inscrita na respectiva conservatória, artigo 964.º, quaisquer que sejam os seus efeitos jurídicos, sem registo, pela legislação do país do cônjuge varão» (1).

A passagem da *Apostila* tem carácter geral, pois se refere aos artigos em que o projecto primitivo do Código civil estabelecia princípios gerais de direito internacional

(1) *Código civil anotado,* 2.ª edição, volume II, pág. 336.

553

privado, e significa evidentemente que, segundo o pensamento do autor do Código, as leis estranjeiras não podem prevalecer sôbre as leis portuguesas que estabelecem o *regime* da propriedade imobiliária. E foi sem dúvida o mesmo pensamento que ditou a restrição do artigo 1107.º, que é correspondente ao artigo 1150.º do projecto primitivo, e que constitui uma das excepções à competência das leis estranjeiras a que se refere a *Apostila*.

Outra excepção é a referida pelo anotador e indicada no artigo 964.º, correspondente ao artigo 1004.º do projecto primitivo, segundo o qual as hipotecas constituídas em país estranjeiro, sôbre bens existentes em Portugal, só produzem os seus efeitos desde o dia em que são registadas nas respectivas conservatórias nacionais.

O artigo 1107.º deve, pois, ser entendido no sentido de que não podem ser aplicadas pelos tribunais portugueses quaisquer leis estranjeiras que sejam contrárias às leis portuguesas que definem o regime da propriedade, considerado quanto à determinação, constituïção e exercício dos direitos reais imobiliários (1).

Da aplicação dêste princípio resultam, entre outras, estas importantes conseqüências: *a*) todo o regime de comunhão terá que dissolver-se com a dissolução do casamento ou com a separação de pessoas e bens, em harmonia com o artigo 1121.º do código civil, embora a comunhão pudesse continuar (por exemplo até à maioridade dos filhos ainda menores) segundo a lei nacional dos cônjuges ou segundo a lei nacional do marido, por isso que nenhum comproprietário é obrigado a permanecer na indivisão senão nos precisos termos estabelecidos na lei (Código civil, 2180.º), e êste princípio entra evidentemente no regime jurídico da propriedade, devendo apenas ser reconhecidas as excepções estabelecidas pela lei portuguesa, entre as quais está a relativa aos casais de família (2); *b*) o ónus real de dote constituído

(1) As leis relativas aos direitos reais são leis de competência localizada, mas, quando definem a organização da propriedade e a oponibilidade dêsses direitos a terceiros, desempenham a função de leis de ordem pública internacional, no sentido de que não podem prevalecer contra elas quaisquer leis estranjeiras.

(2) Supra, pág. 528.

sôbre bens imóveis sitos em Portugal, não estando devidamente registado na respectiva conservatória nacional, não terá efeitos em relação a terceiros, visto o dote sôbre imobiliários estar sujeito ao registo predial (Código civil, artigo 949.°, n.° 2.°, § 2.°, n.° 5.°), e êste registo constituir, em certo modo, um elemento integrante do regime da propriedade imobiliária; *c*) não poderá ser respeitado pelos tribunais portugueses um regime de inalienabilidade dotal mais apertado do que o estabelecido na lei portuguesa, pois que o direito de alienação é inerente à propriedade, faz parte, portanto, do seu regime, e ninguém pode ser privado do direito de alienar senão nos casos declarados na lei (Código cit., artigo 2359.°); *d*) não poderão prevalecer sôbre os credores comuns do casal os credores hipotecários do mesmo casal com hipotecas não registadas e constituídas sôbre bens sitos em Portugal, pelas razões apontadas quanto ao dote (Código cit., artigo 964.°, n.° 1.°), e ainda por fôrça do disposto no já citado artigo 964.° do Código civil acêrca do valor das hipotecas constituídas em país estranjeiro sôbre bens sitos em Portugal.

2.°) Poderia parecer à primeira vista que, limitando-se o artigo 1107.° a excluir a aplicação das leis estranjeiras que sejam contrárias às leis portuguesas que definem o regime da propriedade imobiliária, nenhumas outras restrições podia encontrar no nosso direito a aplicação da lei competente para regular o regime de bens, quando essa lei seja estranjeira.

Não é, porém, assim que deve entender-se, segundo o nosso modo de ver. A lei estranjeira ainda deverá deixar de ser aplicada quando, sob qualquer outro ponto de vista, possa ofender as leis portuguesas de interesse e ordem pública. A disposição daquele artigo deve considerar-se como *exemplicativa* do princípio geral de que as leis estranjeiras não podem ser aplicadas quando contrárias às leis portuguesas de interesse e ordem pública.

Sendo assim, devem aplicar-se ao regime de bens regulado por uma lei estranjeira todas as disposições que se referem ao regime de bens e que foram formuladas por um motivo de interesse público. Estão evidentemente nesse caso as disposições do artigo 49.° do Código comercial que sujeitam ao registo comercial as *escrituras* antenupciais dos comerciantes, a autorização dada pelo marido à mulher para comerciar, e a revogação da mesma autorização. Essas disposições são destinadas a assegurar a confiança e o crédito nas relações comerciais, devem, por isso, considerar-se de ordem pública, e não podem deixar de aplicar-se tanto a nacionais como a estranjeiros, desde que os cônjuges sejam comerciantes e em Portugal tenham, quer o seu domicílio, quer o seu principal estabelecimento, quer uma sucursal (Código comercial, artigo 49.° n.°s 1.° e 2.° e artigo 57.°; regulamento do registo comercial de 15 de novembro de 1888, artigo 46.°). Neste ponto, o nosso direito comum coincide afinal com o artigo 8.° da convenção, pelo qual, como vimos, os Estados contratantes se reservaram o direito de aplicar as suas leis respeitantes às formalidades destinadas a dar efeito ao regime de bens nas relações dos cônjuges com terceiros.

SECÇÃO II

Dissolução ou interrupção — Divórcio, separação de pessoas e bens, e simples separação de bens

§ 1

Direito convencional

SUMÁRIO. 361 — Elaboração, assinatura e ratificação da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sobre o divórcio e a separação de pessoas. 362 — Textos da convenção que contêm as regras por ela estabelecidas acêrca do direito de pedir o divórcio ou a separação. 363 — Necessidade de concordância da lei nacional dos cônjuges e da *lex fori* acêrca do direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas. 364 — Necessidade da existência de uma causa de divórcio ou de separação tanto segundo a lei nacional como segundo a *lex fori*. 365 — Termos em que a convenção permite que o divórcio ou a separação sejam decretados quando apenas admitidos pela lei nacional e apenas por causas por esta lei reconhecidas. 366 — As causas de divórcio e a mudança de nacionalidade por ambos ou algum dos cônjuges. 367 — Competência para decretar o divórcio ou a separação. 368 — A competência para decretar o divórcio ou a separação e a excepção de lide pendente. 369 — Competência para decretar providências provisórias. Lei reguladora e duração destas providências. 370 — Reconhecimento internacional das sentenças de divórcio e de separação. 371 — Regime jurídico internacional dos efeitos do divórcio e da separação. 372 — A lei reguladora do divórcio e da separação no caso de ambos ou um dos cônjuges mudarem de nacionalidade. 373 — Esfera de aplicação da convenção.

361 — Na conferência da Haia de 1894, a par com o regime jurídico internacional da validade do casamento, foi já estudado também o regime do divórcio e da separação de pessoas (1), o qual foi definitivamente organizado na conferência de 1900 (2), aparecendo regulado numa das convenções de 12 de junho de 1902, que foi assinada pelos mesmos Estados

(1) *Actes*, II, pág. 73 e 83.
(2) *Actes*, III, pág. 193 e 207; *Documents*, de 1900, pág. 36.

que assinaram a convenção relativa às condições de validade do casamento, foi ratificada e denunciada pelos mesmos Estados que ratificaram e denunciaram esta última convenção, teve o mesmo tratamento que ela nos tratados de paz com a Alemanha e com a Hungria (1) e, por isso, vigora, também como a referida convenção, nas relações de Portugal com a Holanda, Itália, Luxemburgo, Ruménia, Suécia e Suíça. E igualmente vigora nas relações da Alemanha e da Hungria com os Estados contratantes que foram neutros durante a grande guerra — Holanda, Luxemburgo, Suécia e Suíça (1).

362 — Os princípios aceitos pela convenção para determinar as condições em que os súbditos dos Estados contratantes podem requerer o divórcio ou a separação de pessoas em qualquer dêsses Estados estão estabelecidos nos quatro primeiros artigos, que, por isso, vamos transcrever, como necessário ponto de referência do nosso estudo:

Artigo 1.º *Os cônjuges não poderão intentar acção de divórcio senão quando a sua lei nacional e a lei do lugar em que a acção for intentada admitirem ambas o divórcio.*

Esta disposição é extensiva à separação de pessoas.

Artigo 2.º *O divórcio não poderá ser requerido senão quando, no caso de que se tratar, for admitido a um tempo, pôsto que por causas diferentes, pela lei nacional dos cônjuges e pela lei do lugar em que a acção for intentada.*

Esta disposição é extensiva à separação de pessoas.

(1) L. 1, pág. 74, nota (1); Supra, pág 342, nota (1).
(2) Do livro de Bellemans e Kosters (pág. 169) transcrevemos o quadro que indica os Estados onde vigora ou vigorou a convenção, com as respectivas datas, que é o seguinte:

Alemanha	desde	1	de	agosto	de	1904	
Bélgica	»	»	»	»	»	»	até 1 de junho de 1919
França	»	»	»	»	»	»	» » » » » 1914
Holanda	»	»	»	»	»	»	
Hungria	»	22	»	novembro	»	1911	
Itália	»	15	»	setembro	»	1905	
Luxemburgo	»	1	»	agosto	»	1904	
Portugal	»	1	»	maio	»	1907	
Ruménia	»	1	»	agosto	»	1904	
Suécia	»	»	»	»	»	»	
Suiça	»	15	»	setembro	»	1905	

Artigo 3.° *Sem embargo das disposições dos artigos 1.° e 2.°, sòmente será aplicada a lei nacional, se assim o prescrever ou permitir a lei do lugar onde a acção for intentada.*

Artigo 4.° *A lei nacional indicada pelos artigos precedentes não pode ser invocada para dar o carácter de causa de divórcio ou de separação de pessoas a um facto ocorrido quando ambos os cônjuges ou algum deles pertenciam a outra nacionalidade.*

A leitura dêstes textos mostra que, nos termos da convenção, o direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas é disciplinado por *quatro regras,* que dominam o assunto e que, a seguir, vamos formular e analisar.

363 — I Regra. — *Em princípio, o divórcio ou a separação de pessoas devem ser admitidas simultâneamente pela lei nacional e pela lei do lugar em que a acção for intentada.*

Para medir o alcance desta regra, começaremos por formular a síntese comparativa das legislações dos Estados contratantes (1) sôbre o direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas.

Seguem essas legislações os três sistemas seguintes:

a) *Exclusiva admissão do divórcio.* Êste sistema aparece apenas na Ruménia (2). Os outros Estados contratantes, que admitem o divórcio, admitem igualmente a separação de pessoas, ou *perpétua* ou, ao menos, *temporária.*

b) *Exclusiva admissão da separação de pessoas.* É o sistema do direito italiano (3).

c) *Separação e divórcio para todas as pessoas.* É o sistema do maior número dos Estados contratantes — Holanda, Luxemburgo, Portugal, Suécia e Suíça (4).

(1) Limitamo-nos a comparar as leis dos Estados que não denunciaram a Convenção e cujas relações com Portugal ainda são por ela reguladas, isto é, a Holanda, Itália, Luxemburgo, Ruménia, Suécia e Suíça.

(2) Código civil, artigos 209 e seg.

(3) Código civil, artigo 148.° e seg.

(4) Códigos civis — luxemburguês, artigo 229.° e segs., holandês, artigo 255.° e segs., decreto português de 3 de novembro de 1910, código matrimonial sueco, capítulos XIII e XIV, e código civil suiço, artigo 137.° e segs.

Nem todos estes Estados admitem, porém, o divórcio e a separação nas mesmas condições. E assim é que: 1.°) na Suécia, a separação é meramente temporária, podendo durar apenas um ano (Código matrimonial, capítulo XIV); 2.°) na Suíça, a separação pode ser temporária (de 1 a 3 anos), ou por tempo indeterminado (Código civil, artigo 137.° e seguintes); 3.°) nos outros Estados, a separação é por tempo indeterminado.

Além disso, se todas as legislações dêste sistema admitem a conversão da separação em divórcio, discordam na determinação do prazo ao fim do qual a conversão pode ter lugar e na determinação das condições em que pode verificar-se.

No Luxemburgo, o *prazo* é de três anos, na Holanda e em Portugal, de cinco e, na Suíça, de três.

Quanto a *condições,* em Portugal, não se exige qualquer condição além do decurso de tempo fixado na lei; no Luxemburgo, só pode ter lugar a conversão, se a separação não tiver sido decretada por adultério e só pode ser pedida pelo cônjuge originàriamente réu; e, na Suíça, a conversão só pode ser pedida pelo cônjuge que tenha dado causa à separação, se o outro cônjuge se recusar a voltar à vida em comum (1).

Dada a divergência das legislações dos Estados representados nas conferências da Haia acêrca da admissão do divórcio e da separação de pessoas, tinham as conferências de coordenar essas legislações, formulando um sistema de resolução dos conflitos de leis sôbre a matéria.

Quatro eram os sistemas que dividiam a doutrina e o direito positivo quanto à determinação da lei reguladora do divórcio e da separação de pessoas, entre os quais podia ser feita a escolha: *a*) o sistema da competência da *lei do lugar da celebração do casamento,* seguido, então, pelo direito sueco (2), pelo direito argentino (Código civil, artigo 164.°) e pelo tratado de Montevideo (artigo 13.°); *b*) o sistema da competência *da lei pessoal* dos cônjuges, aceito pelo Insti-

(1) Código civil luxemburguês, artigo 310.°, código civil holandês, artigo 255.°, decreto português, artigo 46.°, e código civil suiço, artigos 147.° e 148.°.

(2) Olivecrona, em *Clunet,* 1883, pág. 369.

tuto de direito internacional (1) e sancionado pela lei congolesa de 20 de fevereiro de 1891 (artigo 7.°), que atribuíram competência à *lei nacional* dos cônjuges; *c*) o sistema da competência *lex fori*, consagrado pelo tratado de Lima (artigo 17.°) e pelo direito anglo-americano (2); *d*) e o sistema da *competência cumulativa da lei nacional e da lex fori*, que era o sistema da lei alemã (artigo 17.°) e da lei japonesa (artigo 16.°) (3).

Foi êste último o sistema seguido pelas conferências e pela convenção.

Os fundamentos do sistema foram expostos pelas comissões de 1894 (4) e de 1900 (5), cujas considerações podem resumir-se do modo seguinte.

O divórcio e a separação de pessoas devem ser admitidos ao mesmo tempo pela lei nacional e pela lei local, por isso que as duas instituïções se relacionam simultaneamente com o estado e capacidade das pessoas e com as leis de ordem pública do Estado local, não devendo preponderar absolutamente nem a lei pessoal, por maneira a poderem divorciar-se ou separar-se num país, que não admite o divórcio ou a separação de pessoas, indivíduos nacionais de um Estado que admita uma ou outra daquelas instituïções, nem prevalecer a lei local, de modo a reconhecer-se a faculdade de pedir o divórcio ou a separação de pessoas a quem não tenha essa faculdade segundo a sua lei nacional.

Cremos que foi a melhor a solução adoptada. O divórcio e a separação modificam o estado das pessoas e, por isso, relacionam-se evidentemente as duas instituïções com a lei pessoal, como lei reguladora do estado e da capacidade. Mas, por outro lado, as leis sôbre o divórcio e a separação de pessoas, como meios de dissolver ou suspender a sociedade conjugal, relacionam-se com o interesse geral e com os

(1) *Annuaire*, x, pág. 75 e seg.
(2) Dicey, *Conflict of laws*, pág. 261; Wharton, ob. cit., I, § 208. Segundo o direito anglo-americano, é, em geral, competente para decretar o divórcio o tribunal do domicilio matrimonial e, como a lei competente para reger o divórcio é a *lex fori*, vem o corolário de que o divórcio é afinal regido pela lei do domicilio matrimonial (Weiss, *Traité*, III, pág. 682).
(3) Vide: Von Bar, ob. cit., § 173; Meili, ob. cit., pág. 234; Weiss, *Traité*, III, pág. 681 e seg.; Rolin, ob. cit., II, pág. 105 e seg.
(4) *Actes*, II, pág. 84.
(5) *Actes*, III, pág. 207.

costumes do Estado, ao qual não pode ser indiferente o modo por que a família, elemento fundamental da organização social, se forma, modifica e dissolve, e a proïbição do divórcio ou da separação pode ser, e é geralmente, considerada de ordem pública e, por isso, deve impor-se tanto a nacionais como a estranjeiros. Sendo assim, o único sistema capaz de conciliar os interesses legítimos do Estado de origem e do Estado local é aquele que exige que a faculdade de pedir o divórcio ou a separação seja reconhecida pela lei nacional, e que torna o exercício dessa faculdade dependente da lei do Estado local. É o sistema da convenção.

Se, porém, o Estado local entender que a faculdade de pedir o divórcio ou a separação de pessoas *deve* ou *pode* ser regulada exclusivamente pela lei nacional, será esta a lei ùnicamente aplicada. O Estado local é o único juiz dos interesses da ordem pública, pode, por isso, permitir o divórcio ou a separação de pessoas a estranjeiros mesmo quando não reconheça alguma das instituïções relativamente aos nacionais, e pode até ordenar que aos estranjeiros se aplique, em tal matéria, exclusivamente a sua lei nacional.

E assim o estabelece a convenção no artigo 3.°.

O sistema da convenção poderá, pois, conduzir aos mesmos resultados que o sistema da personalidade, se o Estado local não considerar o divórcio e a separação como instituïções de ordem pública e permitir ou prescrever que sejam regulados apenas pela lei nacional.

O que a convenção não permite nunca é que se aplique só a lei local e que o seu sistema possa converter-se no sistema da territorialidade.

Conhecida a legislação dos Estados contratantes acêrca do reconhecimento do divórcio e da separação de pessoas e determinado o princípio de concordância da lei nacional com a *lex fori*, é, em geral, fácil a aplicação dêste princípio. Assim, um português poderá divorciar-se na Suíça, por isso que o divórcio é admitido tanto em Portugal como naquele país; um suíço não poderá divorciar-se em Itália, por a legislação italiana não reconhecer o divórcio; e um rumeno não poderá separar-se de pessoas e bens em Portugal, por a legislação rumena não admitir a separação.

Podem, porém, aparecer dificuldades relativamente à

aplicação do princípio em matéria de separação e, por isso, vamos considerar algumas dessas dificuldades.

Da síntese das legislações dos Estados contratantes acima apresentada, vê-se que a separação de pessoas pode revestir os três aspectos de: *a*) separação de duração indeterminada (Holanda, Itália, Luxemburgo e Portugal); *b*) separação de duração obrigatòriamente temporária (Suécia); *c*) separação de duração temporária ou por tempo indeterminado (Suíça).

Ora, como o artigo 1.º da convenção exige, para a procedência do pedido de separação, que esta seja admitida ao mesmo tempo pela lei nacional e pela lei do lugar em que a acção for intentada, isto é, exige a *concordância* da lei nacional com a lei local, importa averiguar até onde as leis dos Estados contratantes *concordam* e onde começa a sua *divergência* em matéria de separação, a fim de determinar quando os súbditos de um dêsses Estados podem separar-se no domínio jurisdicional dos outros (1).

Começaremos a nossa análise pela legislação rumena. Não existindo na Ruménia a separação de pessoas, nem temporária nem por tempo indeterminado, não haverá nunca concordância entre a lei rumena e as leis dos Estados contratantes acêrca da admissão da separação de pessoas e, por isso, em face do artigo 1.º da convenção, nem os rumenos poderão separar-se em país estranjeiro, nem os estranjeiros poderão separar-se na Ruménia.

Na Holanda, Itália, Luxemburgo e Portugal, a separação de pessoas oferece sempre os dois caracteres que informam fundamentalmente a instituïção — a suspensão da vida conjugal por tempo indeterminado e a impossibilidade de um nôvo casamento — e, por isso, nenhuma dúvida poderá haver de que existe concordância entre as leis daqueles países acêrca do reconhecimento da separação de pessoas e de que, portanto, os súbditos de um dos mesmos países se podem separar em qualquer dos outros.

Na Suécia, porém, e na Suíça, a separação ou é meramente temporária (Suécia) ou pode ser tanto temporária como por tempo indeterminado (Suíça), não há, por isso, concordância entre as leis dêstes Estados e as leis dos Estados que admitem a separação apenas por tempo indeterminado, e daí deriva que, em face do artigo 1.º da convenção, nem os suecos, por exemplo, se poderiam separar em Portugal, nem os portugueses se poderiam separar na Suécia. Isso não obsta, porém, a que o façam em face do artigo 3.º, como a seu tempo veremos (1).

(1) Devemos observar que, neste momento, apenas consideramos a questão em face do artigo 1.º da convenção. Ao estudarmos o artigo 3.º, procuraremos verificar quando, não havendo concordância entre a lei nacional e a lei local, poderá aplicar-se exclusivamente a lei nacional, por a lei local assim o prescrever ou permitir.

364 — II Regra. — *O divórcio e a separação de pessoas só podem ser requeridos quando para isso haja fundamento tanto segundo a lei nacional como segundo a lei do lugar onde a acção for intentada, ainda que a causa, fundamento da acção, admitida pela primeira lei, seja diferente da admitida pela segunda.*

Definido o princípio geral segundo o qual aos súbditos de um dos Estados contratantes é conferido o direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas nos outros Estados, indica a convenção qual a lei competente para determinar as *causas* (2) que podem servir de fundamento ao pedido de divórcio ou de separação.

Ainda aqui foi reconhecida, em geral, a competência cumulativa da lei nacional e da *lex fori*. É o preceito do artigo 2.º.

O sistema seguido é, porém, um pouco diferente do sistema adoptado para determinar o direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas.

Para a existência dêste direito, exige-se que o divórcio ou a separação sejam, em princípio, admitidos pela lei nacional e pela lei local.

Para o exercício do mesmo direito, basta que haja uma causa de divórcio ou de separação tanto pela lei nacional como pela lei local, ainda que essas causas sejam diferentes (3).

(1) Infra, n.º 365. Vide Travers, *Convention de la Haye relative au divorce et à la séparation de corps*, Paris, 1909, pág. 72 e 83.

(2) Sôbre as causas de divórcio e de separação de pessoas nos diversos Estados contratantes, vide: Travers, ob. cit., pág. 76 e seg.; Laurent-Bailly, *Le divorce et la séparation de corps*, Paris, 1910, e *Revue Darras — de Lapradelle*, 1908, pág. 532 e seg.

(3) *Actes*, III, pág. 209.

Afastou assim a convenção os sistemas de determinação das causas do divórcio ou da separação, ou só pela lei nacional (1), ou só pela lei local (2), ou pela concordância da lei nacional com a lei local, por maneira que o pedido de divórcio ou de separação só fôsse atendido quando fundado numa causa admitida ao mesmo tempo pela lei nacional e pela lei local (3).

Procedeu lògicamente a conferência em pôr de lado o primeiro e o segundo sistema. É tão íntima a relação entre o divórcio ou a separação e as causas da sua admissão, que as razões que militam contra os sistemas puros da personalidade ou da territorialidade, quanto ao reconhecimento aos estranjeiros do direito de divórcio ou de separação, igualmente militam contra êsses sistemas para a determinação das causas de divórcio ou de separação.

Já não parece, porém, rigorosamente lógico o procedimento da conferência emquanto afastou o terceiro sistema, para consagrar o que se contém no artigo 2.°. Se o divórcio e a separação são instituïções que se relacionam com a lei pessoal, como lei de estado, e com a lei local, como lei de ordem pública, só é lógico o sistema que exige a concordância das duas leis na admissão da causa que pode basear um pedido de divórcio ou de separação. As causas de divórcio ou de separação concretizam e delimitam o princípio da admissão do divórcio ou da separação, não podendo dizer-se que seja admitida qualquer destas instituïções quando se não verifique algum dos seus motivos legais, e, por isso, o sistema rigoroso de concordância exigiria que o divórcio e a separação só pudessem ser admitidos por causas simultâneamente reconhecidas pela lei nacional e pela *lex fori* (4).

O princípio do artigo 2.° é, em geral, de fácil aplicação. Basta verificar se existe alguma das causas tanto da primeira como da segunda lei. Há, porém, alguns casos em que a aplicação é melindrosa e que importa considerar especialmente.

(1) Rolin, ob. cit., II, n.° 591.
(2) Sistema aceito pelo Instituto de direito internacional (*Annuaire*, X, pág. 75) e pela lei congolesa (artigo 7.°).
(3) Lei alemã (artigo 17.°), e lei japonesa (artigo 16.°).
(4) O sistema da convenção foi adoptado pelas leis suecas de 8 de julho de 1904 (cap. III, § 3.°) e de 12 de novembro de 1915 (cap. III, § 3.°), e pelo código civil suiço (Tit. fin., art. 59.°, alínea 7 b).

São tais casos os seguintes: *a*) de uma das leis, a lei nacional ou a *lex fori*, admitir apenas a *forma litigiosa* do divórcio ou da separação de pessoas, e a outra admitir o divórcio ou a separação por *mútuo consentimento; b*) de uma das leis admitir o divórcio ou a separação só por *causas determinadas*, e a outra os admitir por *causas indeterminadas; c*) de a causa prevista pela lei nacional ser uma *condenação penal*.

a) *Divórcio ou separação por mútuo consentimento.* Segundo mostra a comparação das legislações dos Estados contratantes, admitem alguns dêstes, a par com o *divórcio litigioso* ou com a *separação litigiosa*, o divórcio ou separação por *mútuo consentimento*, ao passo que outros apenas reconhecem o divórcio ou a separação sob a forma litigiosa.

Êste modo de ser das legislações suscita naturalmente a questão — se os súbditos de um dos Estados contratantes que admitem o divórcio ou a separação por mútuo consentimento podem divorciar-se ou separar-se em algum dos Estados que não admitem o divórcio ou a separação por semelhante meio, desde que se dê uma das causas previstas pela *lex fori*, ou se, em sentido inverso, os súbditos de um Estado contratante que não admite o divórcio ou a separação por consentimento mútuo podem divorciar-se ou separar-se num Estado que admite êsse meio, desde que se verifique uma das causas previstas pela lei nacional, isto é, se o consentimento mútuo pode ser considerado como causa do divórcio ou da separação para os efeitos do artigo 2.° da convenção.

Em nosso entender, o mútuo consentimento não é uma causa de divórcio ou de separação, mas uma *forma* de divórcio ou de separação, incompatível com o divórcio ou com a separação litigiosos.

No divórcio e na separação por mútuo consentimento, substitui-se a *manifestação concordante* da vontade dos cônjuges, sancionada pelo tribunal, à apreciação e julgamento pelo mesmo tribunal do valor das causas em que um *cônjuge discordante* fundamenta o divórcio ou a separação, o que mostra à evidência que se trata de dois processos de realizar o divórcio ou a separação, e que não é uma simples

causa de divórcio ou de separação o mútuo consentimento dos cônjuges.

Sendo assim, a questão que discutimos desloca-se para os artigos 1.º e 3.º da convenção, pois consiste precisamente em determinar se a lei nacional e a *lex fori* admitem cumulativamente o divórcio ou a separação ou se a *lex fori* permite ou prescreve que se aplique exclusivamente a lei nacional.

b) *Divórcio ou separação por causas indeterminadas.* Em geral o divórcio e a separação litigiosos só são admitidos por *causas determinadas* na lei. Contudo, a legislação sueca (1) e a legislação suiça (2) admitem também o divórcio e a separação por *causas indeterminadas.*

Sendo assim, surge a questão—se um subdito de um Estado que admite o divórcio ou a separação por causas indeterminadas pode divorciar-se ou separar-se num Estado que apenas os admitem por causas determinadas, desde que se verifique uma das causas especificadas na lei local, e se um súbdito de um Estado de causas determinadas pode divorciar-se ou separar-se num Estado de causas indeterminadas, desde que se verifique uma das causas especificadas pela lei nacional.

Cremos que a fórmula abrange tanto as causas determinadas como as indeterminadas, pois que o pensamento da convenção é certamente que o divórcio ou a separação sejam decretados quando haja fundamento tanto segundo a lei nacional como segundo a *lex fori,* e, se a lei nacional ou a *lex fori* reconhecem o divórcio ou a separação por causas indeterminadas, pode *qualquer* causa ser fundamento da acção, desde que o tribunal lhe atribua êsse valor.

c) *Condenação penal.* Todas as legislações dos Estados contratantes admitem, entre as causas de divórcio ou de separação, a *condenação* por certos crimes ou a certas pênas; e daí deriva a questão sôbre se, dado o carácter territorial dos julgados criminais, a condenação prevista pela lei nacional e proferida em país estranjeiro pode ser atendida como causa de divórcio ou de separação pelo tribunal onde for proposta a acção. Cremos que o artigo 2.º da convenção resolve

(1) Código matrimonial sueco, título do casamento, capítulo XIV; Lei de 27 de abril de 1810.
(2) Código civil, artigo 142.º.

peremptòriamente a questão. Em verdade, desde que êste artigo reduz a sua *máxima* exigência à existência de uma causa segundo a lei nacional e de uma causa *igual* ou *diferente* segundo a *lex fori,* parece evidente que, sempre que haja uma causa, *seja ela qual for,* segundo a lei nacional, e outra causa segundo a *lex fori,* o pedido deve ser julgado procedente. Demais, a sentença estranjeira não é invocada para se executar o seu preceito, mas como *prova* de um facto, e à invocação da sentença estranjeira como prova não obsta o princípio da territorialidade dos julgados criminais (1).

365—III Regra—*Podem ser requeridos tanto o divórcio como a separação de pessoas quando apenas admitidos pela lei nacional e por causas por esta reconhecidas, sem que se dê alguma das causas previstas na lei do lugar onde a acção for intentada, quando a* lex fori *assim o prescrever ou permitir.*

Consideraremos esta regra separadamente a respeito do direito de pedir o divórcio ou a separação e relativamente às causas que podem basear o exercício dêsse direito.

a) Para que um súbdito de algum dos Estados contratantes possa pedir o divórcio ou a separação de pessoas em qualquer dêstes Estados, exige, em primeiro lugar, a convenção que o divórcio ou a separação sejam admitidos pela lei nacional dos cônjuges. E esta condição é *absoluta,* isto é, *nunca* há direito a pedir o divórcio ou separação, se a lei nacional os não admitir.

Ainda o artigo 1.º da convenção exige que o divórcio ou a separação sejam admitidos pela *lex fori.* Esta exigência já não é, porém, absoluta. O legislador internacional exigiu, em princípio, a concordância da *lex fori,* para respeitar as leis de interesse e de ordem pública do Estado local, mas, porque êste Estado pode, certamente, entender que a garantia do interesse público não exige que a lei que proíbe o divórcio ou a separação seja aplicável aos estranjeiros, também pode, sem dúvida, *prescrever* ou *permitir* que, relativamente a estranjeiros, a admissão do divórcio

(1) L. I, pág. 656; supra, pág. 13 e 478, nota (3).

ou da separação de pessoas seja exclusivamente regulada pela lei nacional. É o princípio do artigo 3.° da convenção.

O princípio é lógico e simples. A sua aplicação é, porém, delicada, pois, sendo expressas muito poucas das legislações dos Estados contratantes acêrca da aplicação exclusiva da lei nacional, torna-se muito difícil determinar até onde essa aplicação é permitida.

A convenção contentou-se com formular o princípio, não estabelecendo critério algum para a sua aplicação. É, pois, necessário investigar qual seja êsse critério.

Uma regra formal de aplicação se pode certamente inferir do artigo 3.° da convenção, comparado com os seus trabalhos preparatórios e com o artigo 1.° da convenção sôbre o casamento. Consiste essa regra em que a *prescrição* ou a *permissão,* pela *lex fori,* da exclusiva aplicação da lei nacional tanto pode ser *expressa* como *tácita.*

No relatório da comissão de 1900 (1), ao mesmo tempo que se justificava o artigo 3.° da convenção, dizia-se que a sua disposição apenas poderia, por então, ter aplicação na Itália, visto haver alguns julgados de tribunais italianos proferindo o divórcio entre estranjeiros, sendo, como é, certo que a lei italiana, que não admite o divórcio relativamente aos nacionais, também o não reconhece de um modo expresso relativamente aos estranjeiros. Isto é, segundo a comissão, o artigo pode ter aplicação num país onde não existe qualquer disposição de lei que prescreva ou permita de um modo expresso a exclusiva aplicação da lei nacional.

A comparação com o artigo 1.° da convenção sôbre o casamento conduz ao mesmo resultado, pois, emquanto êste artigo exige que a referência pela lei nacional a outra lei, quanto ao direito de contrair casamento, seja expressa, o artigo 3.° da convenção sôbre o divórcio admite a permissão da exclusiva aplicação da lei nacional, sem qualificar tal permissão, sinal de que esta tanto pode ser expressa como tácita (2).

Fora desta regra formal, nenhuma outra se infere da convenção e, por isso, tem a questão da aplicação exclusiva

(1) *Actes,* III, pág. 209.
(2) Travers, ob. cit., pág. 85.

da lei nacional de ser resolvida em cada Estado contratante em face das suas leis ou da orientação da sua jurisprudência sôbre se as leis que estabelecem ou proíbem o divórcio ou a separação são ou não de ordem pública internacional.

Nos Estados contratantes, apenas a lei sueca e a lei suíça resolveram expressamente a questão. A lei sueca de 12 de novembro de 1915 (Cap. III, § 1.°) permite que os estranjeiros proponham na Suécia uma acção de divórcio ou de separação e, por isso, é evidente que, embora o direito sueco admita apenas a separação temporária, poderão os estranjeiros separar-se por tempo indeterminado, se a lei do seu país o permitir.

E o mesmo permite o direito suíço, porquanto o art. 59.°, alínea *i*), do título final do Código civil dispõe que as acções relativas a estranjeiros na Suíça podem tender ao divórcio ou à separação, em harmonia com a lei nacional.

Nos demais Estados, depende, como dissemos, do critério dominante acêrca do carácter das leis relativas ao divórcio e à separação.

Sendo assim, vejamos a aplicação que poderá ter em Portugal o artigo 3.° da convenção, quanto ao direito de pedir o divórcio ou a separação.

Quanto ao direito de pedir o divórcio, nenhuma dificuldade poderá haver, pois, admitindo a nossa lei o divórcio, os súbditos dos Estados contratantes poderão divorciar-se em Portugal, logo que o divórcio seja reconhecido pela sua lei nacional.

O mesmo não pode, porém, dizer-se a respeito da separação.

Como já sabemos, relativamente à separação de pessoas formam os Estados contratantes três classes, pois, ou não admitem qualquer forma de separação (Ruménia), ou admitem a separação por tempo indeterminado (Holanda, Itália, Luxemburgoe Portugal), ou admitem uma forma especial de separação (Suécia e Suíça). Consideraremos, por isso, a questão relativamente a cada uma das três hipóteses.

Em Portugal, país de separação por tempo indeterminado e independente do divórcio, podem separar-se os nacionais dos outros Estados onde a separação tem os mesmos caracte-

res, porque se verifica o princípio da concordância entre a lei nacional e a *lex fori*.

Poderão, porém, separar-se os suíços e os suecos, isto é, os súbditos dos Estados contratantes em que a separação é ou pode ser por tempo determinado?

Parece-nos que podem, pois se, entre nós, se admite ao mesmo tempo o divórcio e a separação de pessoas, nenhuma repugnância poderá haver em aplicar exclusivamente, quer a lei suíça a súbditos suíços, emquanto essa lei admite uma forma de separação intimamente relacionada com o divórcio e que nele pode transformar-se fàcilmente, quer a lei sueca a súbditos suecos, emquanto essa lei estabelece uma separação que ou encaminha ao divórcio, que admitimos, ou facilita a reconciliação dos cónjuges, a qual claramente reconhecemos (1).

b) Como o direito de pedir o divórcio ou a separação, podem as causas de um ou da outra ser exclusivamente determinadas pela lei nacional, se a *lex fori* o prescrever ou permitir.

Também a êste respeito não estabelece a convenção critério algum e, por isso, a doutrina a seguir é a mesma que a respeito do direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas. Tem a questão de ser decidida em face das leis internas dos Estados contratantes ou do critério adoptado pela jurisprudência ou pela doutrina acêrca do carácter das leis relativas ao divórcio ou à separação de pessoas.

Lei expressa apenas existe na Alemanha (Lei de introdução do código civil, artigo 17.º), na Suécia (Lei citada de 1915, capítulo III, § 2.º) e na Suíça (Código civil, título final, artigo 59.º, alínea 7 h) (2), sendo seguido em todos os três Estados o princípio de que o divórcio ou a separação sòmente poderão ser decretados quando houver uma causa tanto segundo a lei nacional como segundo a *lex fori*.

Embora não haja preceito expresso, igual doutrina deverá seguir-se em Portugal. As causas de divórcio ou de separação marcam os *limites* até onde pode ir a dissolução ou

(1) Código civil, art. 1218.º; Dec. de 3 de novembro de 1910, arts. 46.º e 48.º.

2) Vide a sentença do tribunal federal de Lausanne, de 7 de dezembro de 1910 (Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 641).

interrupção da sociedade conjugal, sem perigo para a estabilidade da família como base da ordem social e, por isso, a lei que estabelece essas causas deverá considerar-se de ordem pública internacional, no sentido de não permitir que os estranjeiros se divorciem ou separem por outras causas além das admitidas pela lei portuguesa.

Intimamente relacionada com o assunto que acabamos de estudar anda a questão acêrca da exclusiva aplicação da lei nacional, no caso de esta lei reconhecer a conversão da separação em divórcio e de a *lex fori* também a reconhecer, mas de a regular por uma forma diferente da lei nacional.

Todas as legislações dos Estados contratantes, que admitem simultâneamente o divórcio e a separação, admitem também a *conversão* da separação em divórcio, mas divergem mais ou menos na sua regulamentação, designadamente, quanto ao prazo que deve durar a separação (1).

E daqui resulta a questão: sendo a conversão admitida tanto pela lei nacional como pela *lex fori*, e sendo diversa a sua regulamentação nas duas leis, deverá aplicar-se exclusivamente a lei nacional ou deverão aplicar-se cumulativamente a lei nacional e a *lex fori*?

Esta questão, que pode ser freqüente, deve ser resolvida, em nosso entender, no sentido da aplicação exclusiva da lei nacional. Não se trata de uma divergência fundamental entre a lei estranjeira competente e a *lex fori*, mas de uma simples divergência de regulamentação e, por isso, parece não haver motivo para subordinar a lei estranjeira à *lex fori* como lei de ordem pública internacional.

366 — IV Regra. — *Não pode ser fundamento do divórcio ou da separação de pessoas uma causa prevista pela lei nacional quando essa causa se tenha verificado num tempo em que ambos os cônjuges, ou algum deles, pertenciam a outra nacionalidade e a mesma causa não era prevista pela antiga lei nacional.*

(1) Codigos civis luxemburguês, artigo 310.º; holandês, artigo 255.º; suíço, artigos 147.º e 148.º; decreto português de 3 de novembro de 1910, artigo 46.º. Quanto à Suécia, vide Lehr, *Droit civil scandinave*, n.º 683, pág. 329.

Fixada a lei competente para determinar a existência do direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas e as causas que podem servir de fundamento ao exercício dêste direito, indica a convenção o *momento* em que uma causa de divórcio ou de separação deve produzir-se para o efeito de poder ser invocada como fundamento da acção. É o preceito do artigo 4.°.

O destino dêste artigo é assim explicado no relatório da comissão de 1900: «dois cônjuges são franceses e tornam-se depois alemães. Emquanto eram franceses, produziu-se um facto que não podia dar lugar ao divórcio segundo a lei francesa, mas constitui uma causa de divórcio segundo a lei alemã. A nova lei nacional não pode dar retroactivamente ao facto um carácter que êle não tinha no momento em que se verificou. Esta regra afasta certas fraudes a que poderia dar lugar uma mudança de nacionalidade. É conforme ao artigo 115.° (1) da lei húngara XXXI de 1894» (2).

Conhecido o fim do artigo 4.°, procuremos medir-lhe o alcance.

Á primeira vista, o artigo parece significar que só pode ser fundamento de uma acção de divórcio ou de separação um facto que satisfaça às seguintes condições: 1.°) ser previsto pela *actual* lei nacional dos cônjuges como causa de divórcio ou de separação; 2.°) ter-se realizado *depois* de os mesmos cônjuges já terem adquirido a actual nacionalidade.

Cremos, porém, que não foi êste o pensamento do legislador internacional. O artigo significa, a nosso ver, que os factos ocorridos quando ambos ou um dos cônjuges pertenciam a outra nacionalidade podem ser fundamento da acção de divórcio ou de separação de pessoas, quando, *tanto* pela antiga *como* pela nova lei nacional, sejam considerados como causa de divórcio ou de separação.

Em verdade, no trecho acima transcrito do relatório da comissão de 1900, declara esta que a doutrina do artigo 4.° é conforme ao preceito do artigo 115.° da lei húngara XXXI de 1894. Ora, como se vê do texto da lei húngara, que fica transcrito, a doutrina de tal lei é que, no caso de mudança de nacionalidade, pode ser invocado como causa de divórcio um facto ocorrido antes daquela mudança, se tal facto for previsto como causa de divórcio tanto pela antiga como pela nova lei nacional.

(1) Texto da disposição da lei húngara: «Os tribunais húngaros podem pronunciar o divórcio do cônjuge que adquiriu a nacionalidade húngara, por factos anteriores à adquisição desta nacionalidade e que, segundo a precedente lei nacional do mesmo cônjuge, constituiam causa de divórcio ou de separação de pessoas, se semelhantes factos forem também causas de divórcio segundo a presente lei».

(2) *Actes*, III, pág. 209.

3) Além da fonte, indicou a comissão de 1900 o fundamento e o fim do artigo 4.° da convenção. O fundamento está em que «a nova lei nacional não pode dar retroactivamente ao facto um carácter que êle não tinha no momento em que se verificou». Esta razão só procede, evidentemente, quando o facto não era também causa de divórcio segundo a antiga lei nacional (1). O fim do artigo é, segundo diz a comissão, afastar certas *fraudes*. Ora nenhuma fraude pode existir quando o facto invocado em face da lei nova já era causa de divórcio ou de separação em face da lei velha, pois em semelhante caso não valia a pena recorrer à naturalização para conseguir o divórcio ou a separação, visto esta ou aquele serem admitidos pela lei antiga pelo facto em questão.

Da doutrina consignada no artigo 4.° derivam, em nosso entender, estas importantes conseqüências: 1.°) a proïbição do artigo abrange tanto os factos que se produziram *inteiramente* antes da mudança de nacionalidade, como aqueles que começaram a realizar-se *antes* e se consumaram *depois* da mudança de nacionalidade (2); 2.°) um facto apenas causa de separação segundo a antiga lei nacional e apenas causa de divórcio segundo a nova lei, ou vice-versa, não pode ser invocado como causa de divórcio ou de separação depois da mudança de nacionalidade, sendo necessário que tanto a antiga como a nova lei nacional considerem determinado facto como causa de divórcio ou de separação; 3.°) se a mudança de nacionalidade se der entre o momento da propositura da acção e o momento do julgamento, deve atender-se ao momento do julgamento para a aplicação do

(1) O sentido que damos ao artigo 4.° da convenção foi-lhe também atribuido pela lei sueca de 12 de novembro de 1915 (Capitulo III, § 2.°). Conf. código civil suiço, titulo final, artigo 59.°, alínea 7.ª h.

(2) Vide, em sentido contrário, Travers, ob. cit., pág. 208.

artigo 4.°, pois é inadmissível, como nota Travers, que um divórcio ou uma separação possam ser decretados em contrário da lei que rege os cônjuges no dia em que a sentença é proferida (1).

367—A convenção não se limitou a formular regras de direito internacional privado para resolver os *conflitos de leis*, mas estabeleceu também regras para resolver os *conflitos de jurisdições* a respeito da competência, quer para decretar o divórcio e a separação de pessoas, quer para tomar as medidas provisórias atinentes à cessação da vida em comum.

As regras de competência para decretar o divórcio ou a separação são formuladas no artigo 5.°, assim redigido:

Artigo 5.° *A acção de divórcio ou de separação de pessoas poderá ser intentada:*

1.°) Perante a jurisdição competente em conformidade da lei nacional dos cônjuges;

2.°) Perante a jurisdição competente do lugar onde os cônjuges estiverem domiciliados. Se, conforme a sua legislação nacional, os cônjuges não tiverem o mesmo domicílio, a jurisdição competente será a do domicílio do réu. No caso de abandôno e no de mudança de domicílio efectuada depois de se haver dado a causa de divórcio ou de separação de pessoas, poderá a acção também ser intentada perante a jurisdição competente do último domicílio comum. Fica todavia reservada a jurisdição nacional na medida em que esta jurisdição for a única competente para a acção de divórcio ou de separação de pessoas. A jurisdição estranjeira subsiste competente quanto ao casamento em relação ao qual não puder ser intentada acção de divórcio ou de separação de pessoas perante a jurisdição nacional competente.

Da leitura dêste artigo vê-se que a competência para decretar o divórcio ou a separação de pessoas entre os cônjuges domiciliados em país estranjeiro pertence às jurisdições nacionais ou às jurisdições do domicílio. Determinemos,

(1) Ob. cit., pág. 212.

pois, os termos em que a competência é repartida entre as duas ordens de jurisdições.

Como observação geral e preliminar, definiremos, porém, com a comissão de 1900, o sentido da fórmula *demande formée*, empregada no corpo do artigo 5.° e traduzida na versão oficial portuguesa por *acção intentada*, como já o tinha sido nos artigos 2.° e 3.°, e da fórmula *juridiction compétente*, usada nas alíneas 1.ª e 2.ª do artigo 5.° e no artigo 6.°, e traduzida por *jurisdição competente*.

Segundo se lê no relatório daquela comissão, usou-se da fórmula *demande formée* e não da fórmula *action intentée*, a fim de compreender todas as jurisdições que fôssem competentes e as diferentes formas de processo que pudessem ser usadas para pedir o divórcio ou a separação de pessoas (1); e adoptou-se a fórmula *juridiction compétente*, em vez da fórmula *tribunal compétent*, como se lia no artigo 5.° do projecto de programa da terceira conferência, para que a fórmula adoptada compreendesse, na sua amplitude, não só os tribunais propriamente ditos, civis ou eclesiásticos, mas ainda as autoridades administrativas encarregadas de conhecer das questões de divórcio ou de separação de pessoas (2).

a) *Competência normal da jurisdição nacional.* A primeira regra de competência estabelecida pela convenção é que—*o pedido de divórcio ou de separação de pessoas pode ser formulado perante a jurisdição competente segundo a lei nacional.*

Esta regra de competência significa que as acções de divórcio ou de separação de pessoas podem ser intentadas perante as jurisdições do país a que pertençam os cônjuges, em harmonia com as leis de competência dêsse país. Por isso, a fórmula do n.° 1.° do artigo 5.°—*jurisdição competente em conformidade da lei nacional*—equivale a est'outra—*jurisdição nacional competente*. Foi êste o significado que sempre se lhe atribuiu, tanto nos relatórios das comissões de 1894 e 1900, como na discussão sôbre o assunto na segunda e terceira conferência (3). Diz-se, porém,

(1) *Actes*, III, pág. 208.
(2) *Actes*, III, pág. 211.
(3) *Actes*, II, pág. 86; *Actes*, III, pág. 210 e 211.

«jurisdição competente em conformidade da lei nacional», por ser a lei nacional que regula a competência das jurisdições nacionais.

Sendo assim, a jurisdição nacional será competente, ou quando a lei nacional estabeleça uma jurisdição especial para o divórcio ou separação dos súbditos do Estado residentes em país estranjeiro, como acontece com o código civil suíço, o qual determina que o cônjuge suíço que habite no estranjeiro pode intentar uma acção de divórcio ou de separação perante o juiz do lugar da sua origem (Título final, artigo 59.º, alíneas 7.ª *g* e 7.ª *i*), ou quando na lei nacional houver disposições pelas quais, apesar de um dos cônjuges estar domiciliado em país estranjeiro, o outro cônjuge pode pedir o divórcio ou a separação no país, como acontece com as leis portuguesas, que reconhecem a competência do tribunal do domicílio ou da residência do autor para conhecer das acções de divórcio e de separação de pessoas e bens e, por isso, embora um dos cônjuges tenha domicílio ou resida em país estranjeiro, poderá o outro cônjuge pedir no país o divórcio ou a separação ao tribunal do seu domicílio ou da sua residência (Código de processo civil, artigo 21.º, n.º 4.º; decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 5.º).

b) *Competência normal da jurisdição do domicílio.* Embora formulasse em primeiro lugar o princípio da competência da jurisdição nacional para decretar o divórcio ou a separação de pessoas, reconheceu também a convenção a competência da jurisdição do domicílio, estabelecendo o seguinte princípio — *o pedido de divórcio ou de separação de pessoas pode ser formulado perante a jurisdição competente do lugar onde os cônjuges estiverem domiciliados.*

A compreensão exacta dêste princípio de competência exige algumas observações que bem determinem o seu alcance.

1.º) *Jurisdição competente do país do domicílio.* Fala a convenção em jurisdição competente do lugar do domicílio, sem dizer por que lei há de determinar-se essa jurisdição. Di-lo, porém, claramente o relatório da comissão de 1900. É a lei do país do domicílio. «Os estranjeiros poderão dirigir-se à jurisdição competente do lugar do seu domicílio. É naturalmente a lei deste lugar que determina qual jurisdição

é competente, bem como o processo a seguir para formular o pedido e para o resolver» (1).

E é de notar que a lei do país do domicílio não pode excluir a competência das jurisdições locais para conhecer das acções de divórcio ou de separação respeitantes a súbditos dos Estados contratantes. Em verdade, desde que a convenção estabelece a competência das jurisdições do domicílio e não permite à lei local excluir os estranjeiros de recorrer a essas jurisdições, como o permitiu à lei nacional, deve entender-se que as jurisdições do domicílio são sempre competentes, a não ser que a lei nacional as exclua (2).

2) *Jurisdição competente quando os cônjuges não tenham o mesmo domicílio.* É um princípio geral de direito civil que marido e mulher têm o mesmo domicílio, atribuindo-se à mulher o domicílio do marido. Contudo, êste princípio não é absoluto, podendo a mulher ter domicílio diferente do do marido, quando se dêem certas circunstâncias previstas pela lei.

Prevendo esta hipótese de os cônjuges não terem, segundo a sua lei nacional, o mesmo domicílio, estabeleceu a convenção que seria competente a jurisdição do domicílio do réu, pela aplicação do princípio *actor sequitur forum rei.*

Todavia, se para determinar se os cônjuges podem ter domicílio independente e até onde o podem ter, se aplica a lei nacional dos cônjuges, como claramente se vê a convenção, para verificar se qualquer dos cônjuges tem domicílio em algum dos Estados contratantes para o efeito de considerar competentes os tribunais dêsse Estado, deve aplicar-se a lei do mesmo Estado, como acertadamente dispõe o § 3.º do capítulo IV da lei sueca de 8 de julho de 1904 sôbre a execução da convenção. A razão é simples. Desde que a convenção não qualificou o domicílio como base de competência, a qualificação pertence à lei do Estado cujos tribunais se pretenda serem competentes (3).

3) *Jurisdição competente no caso de abandôno ou de mudança de domicílio.* Depois de prevenir a hipótese de

(1) *Actes*, III, pág. 224.
(2) *Actes*, III, pág. 191.
(3) Supra, pág. 161.

os cônjuges terem domicílio diferente, regula a convenção os dois casos particulares de o cônjuge que deu causa ao divórcio ou à separação abandonar o outro cônjuge ou mudar de domicílio depois de se haver dado a causa de divórcio ou de separação, determinando que em tais casos poderá a acção ser intentada *também* perante a jurisdição competente do último domicílio comum.

O legislador quis, dêste modo, estabelecer uma regra *facultativa* de competência, para evitar que o cônjuge *culpado* transformasse o abandôno ou a mudança de domicílio num meio de dificultar o divórcio ou a separação de pessoas (1).

c) *Competência exclusiva da jurisdição nacional.* Como limitação do princípio de competência das jurisdições do domicílio dos cônjuges para decretar o divórcio ou a separação de pessoas, formulou a convenção a regra de que — *as jurisdições nacionais podem ser as únicas competentes para conhecer de um pedido de divórcio ou de separação de pessoas, se a lei nacional reservar a essas jurisdições o conhecimento de tais pedidos.*

O motivo dêste preceito da convenção foi, por um lado, o desejo de obter a adesão dos Estados que faziam questão da reserva para as suas jurisdições do julgamento das causas matrimoniais e, por outro lado, a necessidade de assegurar em todos os Estados contratantes o reconhecimento de um divórcio ou de uma separação decretados em qualquer deles.

Das leis dos actuais Estados contratantes cujas relações com Portugal são reguladas pela convenção, parece que apenas a lei sueca restringe a competência das jurisdições do domicílio. Esta lei, como se diz no relatório da comissão de 1900 (2), não admite que as questões de divórcio reservadas ao rei, que são todas as questões de divórcio por causas indeterminadas (3), possam ser julgadas por tribunais estranjeiros.

A lei portuguesa permite que os cidadãos portugueses possam divorciar-se ou separar-se de pessoas e bens em

(1) *Actes*, III, pág. 211.
(2) *Actes*, III, pág. 211.
(3) Vide Laurent Bailly, ob. cit., pág. 473 e seg.; Travers, ob. cit., n.os 32 e seg.; *Revue Darras — de Lapradelle*, 1908, pág. 537.

país estranjeiro, em harmonia com as regras de competência do país do domicílio, nos termos do artigo 5.º da convenção.

Cumpre-nos, porém, notar que não há no nosso direito texto expresso que autorize esta doutrina, e antes poderia parecer que o artigo 5.º do decreto, que estabeleceu o divórcio, de 3 de novembro de 1910, conduz à doutrina contrária e reserva para os tribunais portugueses o conhecimento das acções de divórcio entre cidadãos portugueses.

O artigo está redigido nos seguintes têrmos: «A acção de divórcio será proposta, ou no juízo do domicílio, ou no da residência do autor; mas, se êste residir em país estranjeiro, a respectiva acção será proposta na comarca de Lisboa».

Em face dêste preceito, podia, à primeira vista, afigurar-se que a doutrina legal é que os cidadãos portugueses nunca podem intentar acções de divórcio fora de Portugal e que, portanto, é reservado aos tribunais portugueses o conhecimento de tais acções.

Não é, porém, esta a doutrina legal.

O código do registo civil, que é posterior ao decreto de 3 de novembro de 1910 e cujo autor foi o mesmo que o dêste último decreto, admite claramente a existência de sentenças de divórcio proferidas por tribunais estranjeiros entre cidadãos portugueses.

É o que mostra o preceito do artigo 243.º daquele código: «O divórcio de dois portugueses ou de português e estranjeiro, proferido por tribunais estranjeiros, só pode ser averbado nos livros do registo da República portuguesa, depois de ter sido revista e confirmada a respectiva sentença, nos termos dos artigos 1087.º a 1091.º do Código do processo civil».

Em face desta disposição, torna-se evidente que o artigo 5.º do decreto de 3 de novembro não teve por fim reservar aos tribunais portugueses o conhecimento das acções de divórcio entre cidadãos portugueses.

Semelhante artigo deve ter, porém, um destino útil na economia do decreto. Qual será, pois, êsse destino?

Em nosso entender, a segunda parte do artigo 5.º significa que os tribunais portugueses são competentes para julgar acções de divórcio propostas por cidadãos portugueses mesmo quando o autor resida em país estranjeiro, sem

que, por isso, fique excluída a competência dos tribunais estranjeiros.

Deve, pois, entender-se que os cidadãos portugueses poderão propor acções de divórcio ou de separação perante os tribunais dos Estados contratantes, nos precisos termos do artigo 5.º da convenção.

d) *Competência necessária da jurisdição do país do domicílio*. Como limitação do princípio do reconhecimento da exclusiva competência da jurisdição nacional para decretar o divórcio ou a separação de pessoas, quando a lei do Estado a que os cônjuges pertençam sancione êsse princípio de exclusividade, estabelece o artigo 5.º da convenção uma regra de *competência necessária* da jurisdição do domicílio, nos termos seguintes: *a jurisdição do país do domicílio é competente mesmo quando a sua competência seja excluída pela lei nacional, se perante as jurisdições nacionais não puder ser pedido o divórcio ou a separação de pessoas.*

Êste caso especial de competência é assim explicado pela comissão de 1900: «O princípio admitido pela comissão a respeito da possibilidade de a lei nacional excluir a jurisdição do domicílio obrigou a prever um caso especial. Um casamento foi celebrado perante as autoridades locais contràriamente à disposição da lei nacional dos cônjuges que exige uma celebração religiosa; segundo o artigo 5.º, alínea 2.ª, do projecto (hoje convenção) relativo ao casamento, o país de origem pode deixar de reconhecer a validade dêste casamento. Se se aplicasse aos cônjuges, em tal caso, a sua lei nacional, que exclui a jurisdição estranjeira em matéria de divórcio, resultaria que tal casamento seria excepcionalmente subsistente (particulièrement solide): não poderia pedir-se a sua dissolução no país de origem, em relação ao qual êle não existia, e não poderia tão pouco a dissolução ser pedida nos outros países, em virtude da reserva feita em favor da jurisdição nacional. Produzir-se hia um resultado injustificável, que se procurou remover com a disposição da última parte do artigo 5.º) (1).

Embora possa ser, em geral, excluída pela lei nacional, a competência da jurisdição do país do domicílio, fica pois,

(1) *Actes*, III, pág. 211.

sendo competente quando a acção não pode ser intentada perante as jurisdições do país dos cônjuges, por nesse país o casamento não ter existência jurídica.

Deve notar-se, porém, que a regra de competência necessária da jurisdição do país do domicílio se não aplica apenas na hipótese indicada pela comissão de 1900.

A regra é, em verdade, de carácter genérico e, por isso, deve aplicar-se sempre que o casamento seja válido em face da lei do país do domicílio e não tenha existência jurídica perante a lei nacional, como pode acontecer no caso do artigo 3.º da convenção relativa às condições de validade do casamento, como noutro lugar verificámos (1).

368 — Para ultimar o estudo da convenção acêrca da competência internacional para decretar o divórcio ou a separação, diremos algumas palavras acêrca da possibilidade de, nos termos da convenção, se darem casos de *competência electiva* e da legitimidade da excepção de *lide pendente*.

De um modo geral, a convenção permite que os nacionais dos Estados contratantes possam intentar as acções de divórcio ou de separação de pessoas, quer perante os tribunais nacionais, quer perante os tribunais do país do domicílio, e país do domicílio ainda pode ser, para êste efeito, tanto o do domicílio do réu, como o do último domicílio comum, no caso de abandôno ou de mudança de domicílio depois de se haver dado a causa de divórcio ou de separação de pessoas. Sendo assim, pode haver para a mesma acção de divórcio ou de separação três tribunais concorrentemente competentes, dependendo, em tal caso, a escolha do tribunal da livre vontade do interessado, isto é, do autor, dando-se uma hipótese frisante de *concorrência electiva* das jurisdições dos Estados contratantes. Daqui nasce a questão — se, uma vez proposta uma acção de divórcio ou de separação de pessoas perante os tribunais de um Estado para ela competentes, pode a mesma acção ser proposta perante os tribunais de outro Estado também para ela competentes, ou se, proposta a acção num Estado, já o não pode ser em qualquer outro.

(1) Supra, n.º 316.

Embora admitisse a concorrência electiva de jurisdições de dois ou mais Estados, a convenção partiu, sem dúvida, do princípio da unidade de juízo entre as mesmas pessoas e para a mesma acção. Êste princípio resulta do pensamento geral do artigo 7.°, o qual, estabelecendo a obrigação de os Estados contratantes reconhecerem o julgado de divórcio ou de separação de pessoas proferido por um tribunal competente, obedeceu, evidentemente, ao pressuposto de que, nas relações dos Estados contratantes, não devia haver mais que um julgado de divórcio ou de separação entre as mesmas pessoas e para o mesmo fim. De outra maneira, não só poderia haver julgados contraditórios, mas também não poderia de modo algum tornar-se efectivo o reconhecimento internacional obrigatório de uma sentença de divórcio ou de separação de pessoas.

Quando, pois, se dê a concorrência electiva de jurisdições, a única maneira de tornar efectivo o princípio da unidade de juízo será a aplicação simultânea do princípio da *prevenção da jurisdição* do tribunal perante o qual a acção for primeiramente intentada e considerar conseqüentemente sem eficácia a sentença proferida por qualquer outro tribunal.

Desta doutrina deriva lògicamente que a lide pendente perante um tribunal competente inutiliza toda a acção que posteriormente seja intentada perante qualquer outro tribunal competente. Assim deve ser entendida a convenção e assim devem ser aplicadas as leis de processo dos Estados contratantes (1).

369 — No intuito de proteger os cônjuges, principalmente a mulher, e de proteger os filhos menores, permitem as legislações que os cônjuges possam requerer, antes ou depois de ser proposta uma acção de divórcio ou de separação de pessoas, *providências provisórias*, como as que respeitam, por exemplo, ao depósito da mulher, a alimentos, ao destino dos filhos e ao arrolamento dos bens móveis (Código de processo civil, artigos 477.° a 481.°, 391.° e 392.°; Decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 20.°).

(1) Anzilotti, *Memória* cit., n.° 27; Vide Bellemans e Kosters, pág. 262, 272, 390 e 636.

Estas providências são de carácter mais ou menos urgente, não quis, por isso, a convenção sujeitá-las inteiramente às regras de competência para decretar o divórcio ou a separação, estabelecendo a regra especial de competência que se lê no

Artigo 6.° *No caso de os cônjuges não serem autorizados a intentar a acção de divórcio ou de separação de pessoas no país onde estiverem domiciliados, poderão, contudo, tanto um como o outro, dirigir-se à jurisdição competente dêsse país para solicitar as providências provisórias que a sua legislação admitir na previsão de cessar a vida em comum. Estas providências serão mantidas, se, no prazo de um ano, forem confirmadas pela jurisdição nacional, não podendo prolongar-se por mais tempo do que permitir a lei do domicílio.*

Como se diz no relatório da comissão de 1900, êste preceito tem por fim habilitar as jurisdições do domicílio a decretar as medidas indispensáveis para fazer cessar a vida em comum tornada intolerável (1).

Como se vê, a convenção apenas falou, quanto a providências provisórias, da competência das jurisdições do domicílio e na hipótese de estas não terem competência para conhecer da acção de divórcio ou de separação.

É, porém, evidente que a mesma competência é reconhecida, quer à jurisdição nacional quer à jurisdição do domicílio, quando qualquer destas jurisdições seja competente para a acção de divórcio ou de separação de pessoas. A jurisdição competente para conhecer da acção principal é certamente competente também para as providências provisórias à mesma acção respeitantes, desde que até é competente para essas providências uma jurisdição que não é competente para a acção principal.

As providências provisórias a decretar para protecção dos cônjuges ou dos filhos menores são as determinadas pela *lex fori*. É o que resulta do texto do artigo 6.° da convenção e se infere do relatório da comissão de 1900. O texto francês da convenção exprime-se do modo seguinte: «Ils (os cônjuges)

(1) *Actes*, III, pág. 212.

peuvent nèaumoins l'un et l'autre s'adresser à la juridiction compétente de ce pays (do domicílio) pour solliciter les mesures provisoires que prévoit *sa* législation en vue de la cessation de la vie en commun». Sendo evidente que o possessivo *sa* se refere a país e não a cônjuges, evidente se torna também que as providências provisórias são determinadas pela *lex fori*, na hipótese do artigo 6.° da convenção, isto é, na hipótese de a jurisdição do país do domicílio não ter competência para a acção principal. Explicando o texto da convenção, escreveu a comissão de 1900: «Estas providências (provisórias) poderão ser solicitadas dos tribunais locais por qualquer dos cônjuges. É a legislação do lugar que determina qual a jurisdição competente e quais providências podem ser decretadas» (1).

Reconhecendo à jurisdição do domicílio incompetente para conhecer da acção principal a competência para decretar providências provisórias, impôs o artigo 6.° da convenção um tríplice limite ao alcance das providências decretadas em tais condições: 1.°) as providências provisórias só se mantêm se, dentro de um ano, forem confirmadas pela jurisdição nacional; 2.°) as providências provisórias decretadas pela jurisdição do domicílio, quando perante ela não corra a acção principal, só podem ter a duração estabelecida pela *lex fori*. 3.°) a jurisdição nacional, perante a qual corra a acção principal, pode modificar e substituir as providências provisórias decretadas pela jurisdição do domicílio (2).

370 — Determinada a lei competente para regular o direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas e determinado o tribunal competente, quer para decretar o divórcio ou a separação, quer para decretar as providências provisórias exigidas pela previsão de cessar a vida em comum, declara a convenção qual o valor das sentenças de divórcio ou de separação nas relações dos Estados contratantes, nos termos seguintes:

Artigo 7.° *O divórcio e a separação de pessoas, julgados por um tribunal competente, nos termos do*

(1) *Actes*, III, pág. 212.
(2) *Actes*, III, pág. 212.

artigo 5.°, serão reconhecidos em toda a parte, sob a condição de haverem sido observadas as cláusulas da presente convenção, e de, no caso de a decisão ter sido proferida à revelia, o réu haver sido citado em conformidade das disposições especiais exigidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estranjeiros.

Serão reconhecidos igualmente em toda a parte o divórcio e a separação de pessoas julgados por uma jurisdição administrativa, se a lei de cada um dos cônjuges reconhecer êsse divórcio e essa separação.

Êste preceito é o complemento natural dos anteriores preceitos da convenção. «Se é desejável, escreveu a comissão de 1900, que um casamento celebrado regularmente num país seja considerado válido em toda a parte, a mesma coisa pode dizer-se de um divórcio. Se um casamento considerado dissolvido num país for considerado não dissolvido em outro país, pode isso ser motivo de graves conflitos de interesses e até de escândalos. Era, pois, natural que a convenção, depois de estabelecer regras de competência no artigo 5.°, tratasse de assegurar o reconhecimento dos divórcios e das separações de pessoas que fôssem decretados» (1).

O reconhecimento internacional dos julgados de divórcio e de separação foi e, com efeito, devia ser o principal destino prático da convenção e, por isso, era natural que esta, depois de formular as condições em que pode ser pedido o divórcio ou a separação perante as jurisdições dos Estados contratantes, consagrasse aquele reconhecimento nas relações dêstes Estados e indicasse as condições de que éle depende.

Na determinação do efeito internacional dos julgados de divórcio ou de separação, distinguiu a convenção os dois casos de o divórcio ou a separação de pessoas serem decretados ou por um *tribunal judicial* ou por uma *jurisdição administrativa*, sendo mais rigorosa no segundo caso do que no primeiro, porquanto, ao passo que, no caso de a sentença ser proferida por um tribunal judicial, se contenta com o preenchimento das três condições de — 1.°) a sentença

(1) *Actes*, III, pág. 212.

ser proferida por um tribunal competente, nos termos do artigo 5.°, 2.°) serem observadas as cláusulas da convenção, 3.°) e ser o réu citado, na hipótese de revelia, em conformidade das disposições especiais estabelecidas pela sua lei nacional para o reconhecimento dos julgados estranjeiros —, no caso de a sentença ser proferida por uma jurisdição administrativa, exige a mais 4.°) que a lei nacional de cada um dos cônjuges reconheça êsse meio de decretar o divórcio ou a separação.

De todas estas condições nos ocupámos, porém, já sob quási todos os pontos de vista (1), limitando-nos neste lugar, para evitar repetições escusadas, a algumas considerações complementares.

Essas considerações versarão sôbre o verdadeiro alcance: α) da passagem da alínea 1.ª do artigo 7.° «o réu haver sido citado em conformidade das disposições especiais exigidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estranjeiros»; β) e da fórmula da alínea 2.ª do mesmo artigo «lei de cada um dos cônjuges».

α) Quando a sentença tenha sido proferida à revelia, manda a convenção que o juízo do *exequatur* verifique — se o réu foi citado em conformidade das disposições especiais exigidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estranjeiros. Falando assim a convenção em — *disposições especiais exigidas pela lei nacional,* torna-se necessário investigar a que disposições da lei nacional se refere, se às disposições em que a lei nacional *regule* a citação como acto de processo, se àquelas disposições da lei nacional que determinam o *modo* de citação que, no caso de revelia, deve ter sido adoptada para que o julgado estranjeiro possa ser reconhecido, isto é, torna-se necessário investigar se a convenção se refere às disposições de *direito interno* da lei nacional ou às disposições de *direito internacional* formuladas pela mesma lei.

É às disposições de direito internacional da lei nacional que, em nosso entender, a convenção se refere.

Esta doutrina deriva, em primeiro lugar, do princípio, implícita mas seguramente, aceito pela convenção de que a

(1) L. I, pág. 697.

forma do processo é regulada pela *lex fori,* sendo evidente que os trâmites a seguir para fazer uma citação, quer pessoal quer edital, são formalidades de processo.

Demais, referindo-se a convenção a citações feitas em um país que pode deixar de ser o Estado de que o réu é nacional, e devendo as mesmas citações ser realizadas, nesse caso, por funcionários de justiça de um Estado estranjeiro, seria absurdo que a mesma convenção quisesse exigir que êsses funcionários executassem leis de processo de um outro Estado, pois é princípio corrente que as leis de processo são leis de competência localizada e, como tais, aplicáveis a todos os actos e formalidades de processo praticados no Estado legislador.

O pensamento da convenção é, pois, que se tenha feito ao réu a *espécie* de citação exigida pela lei nacional, ficando livre à *lex fori* regular o *processo* dessa forma de citação.

Qual, porém, o significado da fórmula *sua lei nacional,* que se lê na referida passagem do artigo 7.°?

Pelo artigo 8.° da convenção, se os cônjuges não tiverem a mesma nacionalidade, deverá ser considerada como sua lei nacional, para a aplicação dos *artigos precedentes,* a sua última legislação comum.

O artigo 7.° é um dos artigos que *precedem* o artigo 8.° e, por isso, parece que, na hipótese de os cônjuges terem diferente nacionalidade, deveria entender-se que a fórmula da alínea 1.ª do artigo 7.° — *sua lei nacional* significa o mesmo que — *última legislação comum dos cônjuges.*

Pensamos, porém, que, em tal hipótese, deve atender-se à lei nacional actual do réu: 1.°) porque o artigo 8.° manda considerar a última legislação comum como *lei nacional dos cônjuges,* e a alínea 1.ª do artigo 7.° não fala da lei nacional dos cônjuges, mas da *lei nacional do réu;* 2.°) porque a convenção quis salvaguardar as garantias estabelecidas para o cônjuge-réu na sua lei nacional e, por isso, parece que deve entender-se que quis referir-se à lei nacional própria do mesmo cônjuge-réu (1).

β) Segundo se vê do relatório da comissão de 1900 (2),

(1) Vide, no mesmo sentido, Travers, ob. cit., n.os 272 e 273.
(2) *Actes,* IV, pág. 212 e 213.

alguns dos membros da comissão pronunciaram-se pela completa assimilação das jurisdições administrativas e dos tribunais judiciais, para o efeito do reconhecimento internacional do divórcio ou da separação de pessoas. Tal equiparação encontrou, porém, resistência em outros membros da comissão, e daí nasceu a condição específica a que se submeteram o divórcio e a separação administrativos — de que tal divórcio ou separação sejam reconhecidos pela lei de cada um dos cônjuges —, cujo significado constituirá o segundo objectivo da nossa investigação.

Esta investigação reduz-se à exacta determinação do valor da fórmula — *lei de cada um dos cônjuges.*

Podem os cônjuges pertencer a Estados diferentes e ter, por isso, diferente lei nacional.

Em tal hipótese, deverá aplicar-se o referido artigo 8.°, considerando como *lei de cada um dos cônjuges* a sua última legislação comum, ou deverá entender-se que a convenção quis referir-se à lei nacional actual de cada um dos cônjuges?

Parece-nos que a convenção tem êste segundo sentido.

Em primeiro lugar, é de notar a linguagem usada naquela alínea — *lei de cada um dos cônjuges*, a qual não deixa dúvida alguma de que se refere à lei que, ao tempo da acção, for a lei nacional de cada um dos cônjuges.

E esta interpretação literal da alínea 2.ª do artigo 7.° é confirmada, em segundo lugar, pelo citado relatório da comissão de 1900. Em verdade, diz-se aí que «a obrigação de reconhecer o divórcio e a separação em semelhante caso (divórcio e separação administrativos) só existe se a lei de cada um dos cônjuges reconhecer êste divórcio e esta separação», e, a título de exemplo, acrescenta-se: «Reconhecer-se há em toda a parte, por exemplo, o divórcio decretado pelo rei da Suécia *entre dois suecos ou entre um sueco e um dinamarquês*». Do exemplo apresentado no relatório, vê-se, pois, que a comissão de 1900 tinha em vista a lei nacional actual dos cônjuges e não a sua última legislação comum.

371 — As sentenças de divórcio ou de separação de pessoas proferidas em harmonia com as condições indicadas pelo artigo 7.° da convenção *serão reconhecidas em toda a parte*, segundo os termos do mesmo artigo, o que evidentemente significa que *os cônjuges serão considerados como legitimamente divorciados ou como legitimamente separados em todos os Estados contratantes.*

Mas tanto o divórcio como a separação de pessoas produz uma série de efeitos, quer em relação à pessoa dos cônjuges divorciados ou separados, quer em relação aos bens, quer em relação aos filhos havidos do casamento. Êstes efeitos hão de produzir-se em harmonia com determinadas regras de direito e, por isso, seria êste o lugar próprio para determinar a lei reguladora dos efeitos do divórcio ou da separação de pessoas.

Nada dispôs, porém, a convenção sôbre o assunto. É certo que as conferências de 1900 e de 1904 pensaram no problema (1), mas não tomaram qualquer resolução definitiva sôbre o assunto, limitando-se a conferência de 1904 a recomendar à atenção do govêrno holandês as indicações feitas pela sua terceira comissão sôbre o mesmo assunto (2), o que prova que a conferência não considerou o problema resolvido pela convenção de 1902, já que entendeu que êle deveria ser estudado por uma futura conferência.

Sendo assim, deverá o regime jurídico internacional dos efeitos do divórcio e da separação ser determinado em harmonia com as regras de conflitos de leis estabelecidas pelo direito comum dos Estados contratantes. E assim o decidiu o Tribunal Federal suíço nas sentenças de 29 de março de 1913 e de 28 de maio de 1914 (3).

372 — Prevendo a hipótese de os cônjuges não terem a mesma nacionalidade, formulou a convenção o preceito do artigo 8.°, assim redigido:

Artigo 8.° *Se os cônjuges não tiverem a mesma nacionalidade, deverá a sua última legislação comum ser considerada como sua lei nacional, para a aplicação dos artigos precedentes.*

A lei nacional dos cônjuges, como temos visto, desempenha um papel de capital importância na economia da con-

(1) *Actes*, III, pág. 230 e 246, e IV, pág. 185 e 224; *Documents*, de 1900, pág. 103, e de 1904, pág. 194.
(2) *Actes*, IV, pág. 185.
(3) Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 675 e 677.

venção e, por isso, dada a possibilidade de os cônjuges não terem a mesma nacionalidade, tornava-se necessário definir com precisão o que deveria entender-se em tal hipótese por lei nacional, para o efeito de bem aplicar a mesma convenção.

Mencionou esta e regulou o caso de os cônjuges começarem por ter uma nacionalidade comum e deixarem depois de a ter, ou por um deles se naturalizar em um nôvo país e o outro conservar a antiga nacionalidade, ou por ambos abandonarem a antiga nacionalidade, naturalizando-se em países diferentes.

Outro caso pode dar-se de os cônjuges não terem a mesma nacionalidade. É o caso de nunca ter havido para êles uma nacionalidade comum. É o que acontecerá quando a mulher não adquira pelo casamento a nacionalidade do marido. Esta situação não poderá verificar-se quanto ao casamento entre súbditos dos Estados contratantes, por isso, que, segundo a legislação de todos êles, a mulher adquire pelo casamento a nacionalidade do marido. Contudo, porque há Estados, por cuja legislação a mulher estranjeira não adquire pelo casamento a nacionalidade dêsses Estados, (1) porque em alguns Estados contratantes, como Portugal (Código civil, artigo 22.º, n.º 4.º), a mulher conserva em tal hipótese a sua nacionalidade de origem, e porque a convenção também se aplica aos casamentos mixtos entre súbditos dos Estados contratantes e súbditos de terceiros Estados (artigo 9.º), pode evidentemente produzir-se dentro do território convencional a situação de haver cônjuges que nunca tiveram a mesma nacionalidade e aos quais a convenção deva aplicar-se. Êste caso não foi considerado pela convenção. É um caso omisso que procuraremos resolver em harmonia com os princípios da mesma convenção.

Estudemos, pois, os dois casos em que os cônjuges podem ter diferente nacionalidade.

a) *Os cônjuges tiveram uma nacionalidade comum e passaram a ter diferente nacionalidade.* — É o caso previsto pela convenção. Em tal hipótese considera-se como lei nacional dos cônjuges a sua última legislação comum.

(1) Supra, pág. 459.

O motivo dêste preceito da convenção foi o justo intuito de evitar que a simples mudança de nacionalidade de um dos cônjuges pudesse alterar a lei reguladora da dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio ou da sua interrupção pela separação, e de, assim, conseguir que a situação jurídica dos cônjuges, embora pertencentes actualmente a países diferentes, mantenha a possível uniformidade.

Como fica dito no número anterior, o preceito do artigo 8.º não se deve, porém, aplicar na execução do artigo 7.º.

b) *Os cônjuges nunca tiveram a mesma nacionalidade.* O govêrno belga propôs, em aditamento ao artigo 6.º do projecto de programa da terceira conferência, artigo convertido integralmente no artigo 8.º da convenção, as seguintes palavras: «Na falta de legislação comum, aplicar-se há a lei nacional do marido» (1).

A emenda do govêrno belga não foi aceita pela comissão de 1900, a qual explicou assim a rejeição: «A redacção do artigo 6.º do projecto de programa, que nós mantemos pura e simplesmente, propunha uma emenda belga êste acrescentamento: "na falta de legislação comum, aplicar-se há a lei nacional do marido". Visava o caso em que os cônjuges nunca tiveram uma legislação comum, isto é, a mesma nacionalidade. Houve, com efeito, e ainda pode haver, legislações segundo as quais o casamento não confere de pleno direito à mulher a nacionalidade do marido. Tal não é o caso nos países representados na comissão, como bem se verificou, e o mesmo acontecerá verosimilmente nos outros países representados na conferência. A emenda foi, pois, retirada por falta de objecto» (2).

Ao rejeitar a emenda belga, não pensou a comissão nos casamentos mixtos entre súbditos e não súbditos dos Estados contratantes, apenas se preocupou com os casamentos entre súbditos dêsses Estados e, por isso, segundo o seu ponto de vista, a rejeição foi lógica. Contudo, desde que a convenção se aplica aos casamentos mixtos e desde que estes podem conduzir à situação de os cônjuges não terem nunca uma nacionalidade comum, a hipótese visada pela emenda belga

(1) *Documents*, de 1900, pág. 48.
(2) *Actes*, III, pág. 214.

pode muito bem verificar-se nas relações dos Estados contratantes, dando-se assim um caso omisso que importa preencher. Como resolvê-lo, pois?

Ao mandar aplicar a última legislação comum, o grande motivo que determinou o legislador internacional foi, certamente, o pensamento de colocar ambos os cônjuges num plano de igualdade, de modo a evitar que, na dissolução ou interrupção da sociedade conjugal, a lei da mulher tivesse de ser sacrificada à lei do marido ou vice-versa. E, se foi êste o pensamento da convenção, o único meio de o realizar será aplicar, não a lei do marido, nem a lei da mulher separadamente, mas cumulativamente a lei de um e do outro e formular a solução que caiba simultâneamente dentro das duas leis.

E esta é a doutrina que mais se conforma com as necessidades da organização da família e com as tendências do direito moderno.

No direito actual, é ainda o marido quem dá unidade à família e, por isso, nas grandes questões de interesse da família, deverá certamente preponderar a aplicação da sua lei. Mas quando se tratar, não dos interesses superiores da família como uma forma de associação humana, onde deve manter-se a unidade de regime, como, por exemplo, nas relações entre marido e mulher, mas dos interesses pessoais dos cônjuges, como acontece com o direito de pedir o divórcio ou a separação, já não há motivo para subordinar a mulher ao marido ou o marido à mulher, ambos devem ser igualmente protegidos, a lei de protecção de cada um deles é a sua lei nacional e, por isso, a solução legítima é a que resulta da aplicação simultânea das duas leis (1).

Para a exacta aplicação da convenção quanto à mudança de nacionalidade dos cônjuges, ainda importa considerar a hipótese de os cônjuges adquirirem uma nova nacionalidade comum.

Nesta hipótese, é evidente que pela sua nova lei nacional se determinarão: o direito de pedir o divórcio ou separação; as causas que podem fundamentar o pedido; e as

(1) L. 1, n.º 136.

relações em que estão as jurisdições nacionais com as jurisdições do domicílio para conhecer do mesmo pedido. A nova lei nacional fica sendo, naturalmente, a lei pessoal dos cônjuges. É simples e é lógica esta conseqüência da mudança de nacionalidade.

Qual, porém, o momento preciso em que acaba o império da antiga e começa o império da nova lei nacional? Ainda é, em regra, simples a resposta. Êsse momento coincide com o momento da mudança de nacionalidade.

Todavia, a mudança de nacionalidade pode ter lugar antes ou depois de intentada a acção de divórcio ou de separação de pessoas. Se a mudança é anterior à propositura da acção, ainda não pode haver dúvida. O direito de pedir o divórcio, os fundamentos do pedido e a competência determinam-se em harmonia com a nova lei nacional.

A mudança de nacionalidade opera-se, porém, depois de intentada a acção. Neste caso, deverá atender-se ao momento da propositura da acção ou ao momento da mudança de nacionalidade?

Deve atender-se, em nosso conceito, ao momento da mudança de nacionalidade, para fixar, tanto a competência da lei, como a competência da jurisdição. A razão é simples. Se se atendesse ao momento da propositura da acção, julgaria um tribunal já sem jurisdição, e o tribunal aplicaria uma lei que já não era competente (1).

373 — Formulado o regime jurídico internacional do divórcio e da separação de pessoas, determina a convenção a sua esfera de aplicação nos artigos 9.º e 10.º, cuja letra é:

Artigo 9.º *A presente convenção não se aplicará senão às acções de divórcio ou de separação de pessoas intentadas num dos Estados contratantes, sendo um dos litigantes, pelo menos, súbdito ou cidadão de algum dêsses Estados.*

Nenhum Estado se obriga, pela presente convenção, a aplicar uma lei que não seja a de um Estado contratante.

Artigo 10.º *A presente convenção, aplicável sòmente aos territórios europeus dos Estados contratantes, será*

(1) Supra, n.º 270.

ratificada, e as respectivas ratificações depositadas na Haia, tanto que para êsse efeito se achar habilitada a maioria das Altas Partes Contratantes.

Dêsse depósito se lavrará uma acta, da qual, pela via diplomática, será entregue a cada um dos Estados contratantes uma cópia autêntica.

Êstes preceitos são semelhantes aos dos artigos 8.º e 9.º da convenção relativa às condições de validade do casamento, que já analisámos, e assim é que, como acontece relativamente àquela convenção, a esfera de aplicação da convenção relativa ao divórcio e à separação de pessoas se delimita pela conjugação de três elementos, um elemento *territorial*, um elemento *pessoal* e um elemento de *competência legislativa*, os quais se contêm nas seguintes regras:

1.ª) *A convenção sòmente se aplica às acções intentadas no território europeu dos Estados contratantes.* Esta regra resulta da aproximação entre o artigo 9.º e o artigo 10.º O artigo 9.º fala apenas em *território* dos Estados contratantes, mas o artigo 10.º faz mais uma restrição, emquanto limita a aplicação da convenção ao *território europeu* (1) dos mesmos Estados.

2.ª) *A convenção só se aplica às acções de divórcio ou de separação entre cônjuges um dos quais, pelo menos, seja nacional* (2) *de um dos Estados contratantes.* No relatório da comissão de 1900 apenas se consignaram as seguintes palavras relativamente ao artigo 9.º: «Esta disposição nova corresponde à que inserimos no artigo 8.º do projecto relativo aos conflitos de leis em matéria de casamento e

(1) É interessante notar que, em sentença de 26 de novembro de 1910, julgou o tribunal civil de Argel que a Argélia não era mais que o prolongamento do território francês continental e que, portanto, a convenção era aplicável às acções propostas nos tribunais argelinos (Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 269).

(2) As condições ou esfera de aplicação desta convenção, como das demais, depende, fundamentalmente, de um *elemento pessoal*, que o texto francês designa geralmente pela palavra *ressortissant* e que a tradução oficial portuguesa verteu pelas palavras *nacional, cidadão* ou *nacionalidade*, ou pela frase *cidadão ou súbdito.*

Na aplicação das convenções tem-se discutido se a palavra *ressortissant* significa, com efeito, o mesmo que *cidadão*, ou tem um significado mais amplo, abrangendo também os indivíduos que habitam o território de um Estado e estão sujeitos às suas leis. A questão tem sido levantada quási sempre a respeito dos *heimatlosen* ou *apólides*, para o efeito de saber se as convenções lhes são ou não aplicáveis, e tem-na suscitado a aplicação da convenção sôbre processo civil e, sobretudo, da convenção relativa ao divórcio e à separação de pessoas.

A respeito da convenção sôbre processo civil, foi a questão decidida pelo tribunal superior de Zurich, em sentença de 18 de agosto de 1900

(Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 1282), no sentido de que, pela palavra *ressortissants*, a convenção queria apenas designar os *nacionais* do respectivo Estado, e não todos os seus habitantes.

A respeito da convenção sôbre o divórcio e separação de pessoas, as decisões têm sido encontradas. Assim, emquanto as sentenças do tribunal civil de Bruxelas de 31 de janeiro de 1913, e do tribunal de cassação de Florença de 19 de maio e de 11 de dezembro de 1913, decidiram no sentido da aplicação da convenção aos *heimatlosen*, as sentenças do tribunal civil de Pontoise de 16 de junho de 1912, do tribunal de apelação de Paris de 25 de novembro de 1913, e do tribunal de apelação de Veneza de 22-30 de janeiro e de 23 de julho de 1913 decidiram em sentido contrário (Ob. cit., pág. 291, 443, 452, 460, 469, 474 e 480).

Qual será a verdadeira doutrina?

Entendemos que, embora as conferências não determinassem nunca o sentido da palavra *ressortissant*, significa esta nas diferentes convenções o mesmo que *cidadão* ou *nacional*, como a verteu em geral, o texto português.

Em primeiro lugar, os Estados contratantes tinham naturalmente em vista os seus nacionais e, por isso, na falta de indicação em contrário, deverá entender-se que os Estados contratantes quiseram definir a situação jurídica dos seus nacionais, e não a situação dos indivíduos sem nacionalidade.

Em segundo lugar, como foi dito pela 2.ª comissão da conferência de 1900 (*Actes*, III, pág. 210), as questões de nacionalidade foram estranhas aos trabalhos das conferências, donde resulta que, dado o silêncio das convenções acêrca da pluralidade de nacionalidades ou da falta de nacionalidade, deve cada um dos Estados contratantes aplicar aos *heimatlosen*, não a convenção, mas o seu direito comum.

Por fim, usando diferentes convenções a palavra *ressortissant*, sem nenhuma delas a definir, deve entender-se que a palavra tem em todas o mesmo sentido. Ora é certo que, em algumas, tem aquela palavra claramente o sentido de *nacional* e, por isso, tem de concluir-se que igual sentido lhe deve ser atribuído nas demais convenções. Com efeito, a referida palavra lê-se nos artigos 6.º, 17.º, 20.º, 23.º e 24.º da convenção sôbre processo civil, de 17 de julho de 1905, nos artigos 6.º e 8.º da convenção de 12 de junho de 1902 sôbre o casamento, no artigo 9.º da convenção sôbre o divórcio, da mesma data, nos artigos 2.º e 9.º da convenção sôbre a tutela de menores, ainda da mesma data, nos artigos 3.º, 4.º e 14.º da convenção sôbre a interdição, de 17 de julho de 1905, e nos artigos 3.º, 5.º, 6.º, §§ 3.º e 4.º, 7.º e 9.º da convenção sôbre sucessões, da mesma data; é irrecusável que, na convenção sôbre a tutela de menores, a palavra *ressortissant* equivale à palavra *cidadão*, e o mesmo acontece nos artigos 1.º e 4.º da convenção sôbre a interdição, impondo-se, portanto, a conclusão de que a palavra *ressortissant* tem em todas as convenções o sentido de *cidadão* do respectivo Estado (1).

(1) Eis a letra dos artigos 1.º, 2.º e 8.º da convenção sôbre a tutela de menores: «Art. 1.er La tutelle d'un mineur est réglée par *sa loi nationale*. Art. 2.º Si *la loi nationale* n'organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui aurait sa résidence habituelle à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire autorisé par l'État dont le mineur est le *ressortissant* pourra y pourvoir, conformément à la loi de cet État, si l'État de la résidence habituelle du mineur ne s'y oppose pas. Art. 8.º Les autorités d'un État sur le territoire duquel se trouvera un mineur étranger dont il importera d'établir la tutelle, informeront de cette situation, dès qu'elle sera connue, les autorités de l'État dont le mineur est le ressortissant ...».

justifica-se da mesma maneira» (1). *Mutatis mutandis*, tem aqui aplicação, pois, o que acima dissemos acêrca da influência da *nacionalidade* na determinação da esfera de acção da convenção (2) sôbre as condições de validade do casamento.

3.ª) *Nenhum dos Estados contratantes se obriga, pela convenção, a aplicar uma lei que não seja a de um Estado contratante.* Porque a convenção se aplica às *acções mixtas*, isto é, acções de divórcio ou de separação entre súbditos e não súbditos dos Estados contratantes, porque, para muitos efeitos, a mesma convenção manda aplicar a lei nacional dos cônjuges, porque, quando os cônjuges não tenham a mesma nacionalidade, é aplicável, como lei nacional, ou a actual lei nacional de cada um dos cônjuges, ou a sua última legislação comum, porque a lei nacional actual de um dos cônjuges ou a última lei nacional comum pode ser uma lei de um Estado não contratante, e porque tal lei pode informar-se em princípios de civilização diferentes dos que informam as leis dos Estados contratantes, formulou a convenção a reserva de que os Estados contratantes não ficavam obrigados pela convenção a aplicar leis de Estados não contratantes, para afastar a possibilidade de os seus tribunais aplicarem leis repugnantes ao modo de ser da civilização local, o que significa, como em matéria de condições de validade de casamento, que os Estados contratantes não aplicarão, em matéria de divórcio e de separação de pessoas, leis de Estados não contratantes que sejam contrárias às suas leis de ordem pública internacional (3).

Aos critérios de aplicação da convenção por esta estabelecidos, acrescentaremos, como fizemos a respeito das convenções anteriores, um critério relativo ao *tempo* em que sejam propostas as acções de divórcio e de separação, que, segundo os demais critérios, devam ser resolvidas pela convenção.

Não pode haver dúvida de que a convenção se deve aplicar às acções propostas depois da sua entrada em vigor e julgadas antes da sua denúncia.

(1) *Actes*, III, pág. 214.
(2) Supra, n.º 422.
(3) Supra, pág. 424.

Que dizer, porém, das acções propostas antes da sua vigência e julgadas durante esta, bem como das acções propostas durante a sua vigência e julgadas depois da sua denúncia?

Em harmonia com a doutrina que acima sustentámos acêrca da aplicação da convenção no caso de mudança de nacionalidade dos cônjuges, a nossa solução é no sentido de que a convenção deve aplicar-se a *todas* e *só* às acções julgadas durante a sua vigência. Trata-se sempre de questões de competência jurisdicional, ou de competência legislativa relativa à atribuição de poderes legais, e qualquer destas formas de competência começa naturalmente e acaba com a vigência da convenção (1).

(1) Supra, n.º 270. Vide, no mesmo sentido: Travers, ob. cit., e n.º 9 sentenças do tribunal federal suiço, de 22 de dezembro de 1914, do tribuna de justiça civil de Genebra, de 26 de novembro de 1915, do tribunal civil do Sena, de 4 de fevereiro de 1916, e do tribunal civil de Gand, de 23 de junho de 1920 (Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 220, 294, 692 e 693).

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 374 — Divórcio e separação de portugueses em país estranjeiro. Competência dos tribunais estranjeiros para decretar o divórcio ou a separação e lei reguladora da sua forma, causas e efeitos. Execução das sentenças de divórcio proferidas por tribunais estranjeiros. 375 — Divórcio e separação de estranjeiros em Portugal. Conflitos de leis. 376 — Lei reguladora do divórcio e da separação de pessoas quando os cônjuges sejam de diferente nacionalidade. 377 — Regime jurídico internacional da conversão da separação de pessoas em divórcio. 378 — Lei reguladora da simples separação de bens.

374 — Com o estudo da convenção da Haia procurámos definir o regime jurídico internacional do divórcio e da separação de pessoas nas relações de Portugal com os demais Estados contratantes. Como, porém, o regime da convenção se limita aos Estados que a assinaram e ratificaram, é necessário conhecer o regime do direito português comum acêrca do divórcio ou da separação de portugueses em país estranjeiro e acêrca do divórcio ou da separação de estranjeiros em Portugal.

I — *Divórcio e separação de portugueses em país estranjeiro.* A análise da lei portuguesa relativamente ao divórcio ou à separação de portugueses em país estranjeiro deve recair sucessivamente sôbre os seguintes pontos: *a*) direito de pedir o divórcio ou a separação; *b*) lei reguladora do divórcio e da separação e dos seus efeitos; *c*) execução em Portugal das sentenças que decretem o divórcio ou a separação.

a) *Direito de pedir o divórcio ou a separação.* A primeira investigação a fazer no que respeita ao divórcio ou à separação de portugueses em país estranjeiro consiste naturalmente em determinar se os portugueses podem propor acções de divórcio ou de separação perante tribunais estranjeiros, ou se semelhantes acções são reservadas aos tribunais portugueses.

1.º) *Divórcio.* O decreto de 3 de novembro de 1910 não determinou, nem o regime do divórcio de portugueses em país estranjeiro, nem o regime do divórcio de estranjeiros em Portugal. Êsse regime tem de ser estabelecido segundo os princípios gerais do nosso direito comum em matéria de relações internacionais de carácter privado.

Uma disposição, porém, se lê no decreto e que parece resolver negativamente a questão que analisámos. É o artigo 5.º, assim redigido: «A acção de divórcio será proposta, ou no juízo do domicílio, ou no da residência do autor; mas se êste residir em país estranjeiro, a respectiva acção será proposta na comarca de Lisboa».

Com efeito, esta disposição, declarando, primeiro, que as acções de divórcio devem ser intentadas no fôro do domicílio ou no fôro da residência do autor, e acrescentando, depois, com uma fórmula adversativa, que, residindo o autor em país estranjeiro, a acção será intentada na comarca de Lisboa, parece excluír o direito de os portugueses proporem acções de divórcio em país estranjeiro.

Já mostrámos, (1) porém, que a doutrina legal é no sentido de os portugueses se poderem divorciar em país estranjeiro e que aquele artigo 5.º apenas significa que, embora residentes em país estranjeiro, podem os portugueses propor acções de divórcio em Portugal e que, em tal hipótese, é competente o tribunal de Lisboa.

2.º) *Separação.* Não há nas nossas leis texto algum que expressamente permita que os portugueses possam separar-se de pessoas e bens em país estranjeiro. Contudo, também não há texto algum que o proíba, e a aplicação dos princípios gerais do nosso direito, em matéria de direito internacional privado, conduz a concluir pela admissão.

Demais, dada ao artigo 5.º do decreto de 3 de novembro de 1910 a interpretação que acabamos de dar-lhe, não existe no nosso direito qualquer sinal de que a personalidade das leis relativas ao estado e à capacidade das pessoas, estabelecida pelos artigos 24.º e 27.º do Código civil, envolva o

(1) Supra, pág. 586.

princípio da territorialidade das jurisdições. Antes os artigos 243.° e 244.° do código do registo civil, permitindo o averbamento em Portugal de sentenças de divórcio ou de anulação do casamento proferidas em país estranjeiro entre súbditos portugueses, mostra que o legislador admitiu a conciliação, aliás geralmente reconhecida, da personalidade das leis com a territorialidade das jurisdições.

Se, por isso, o cônjuge-autor tiver o seu domicílio ou a sua residência em país estranjeiro, visto o domicílio ou residência do autor serem os critérios de competência estabelecidos pela lei portuguesa (Código processo civil, artigo 21.°, n.° 4.°; Dec. 3 de novembro de 1910, artigo 5.°), poderão o divórcio ou a separação ser decretados pelos tribunais dêsse país (1).

b) *Lei reguladora do divórcio e da separação e dos seus efeitos.* — Assente que os portugueses podem divorciar-se ou separar-se de pessoas e bens em país estranjeiro, importa determinar a lei que define o divórcio e a separação, já nas condições em qúe podem verificar-se, já nos efeitos que produzem.

1.°) *Forma do divórcio ou da separação.* Pelo nosso direito, tanto o divórcio como a separação de pessoas podem ser *litigiosos* ou por *mútuo consentimento* (decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 3.°; decreto n.° 4431, de 30 de maio de 1918, artigo 2.°; decreto n.° 5644, de 10 de maio de 1919, artigo 4.°), e a separação só pode ser decretada por *tempo indeterminado* (decreto de 1910, artigo 51.°). Sendo assim, poderão ser reconhecidos pelos nossos tribunais o divórcio e a separação de portugueses decretados em país estranjeiro, quer sob a forma litigiosa, quer por mútuo consentimento. Igualmente poderá ser reconhecida a separação decretada por tempo indeterminado.

A razão desta doutrina é simples e deriva imediatamente do preceito do artigo 24.° do Código civil. Por êste artigo, os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro ficam sujeitos às leis portuguesas concernentes ao estado e à capacidade. Ora é evidente que o divórcio e a separação são factos jurídicos respeitantes ao estado das pessoas, pois

(1) L. 1, n.° 185 e 205.

não só são factos referentes às relações de família e a família é incontestávelmente uma forma característica do estado das pessoas, mas ainda é certo que o divórcio *muda* e a separação *modifica* o estado dos cônjuges. Mas, se o divórcio e a separação assim se integram no preceito do artigo 24.° do Código civil, é a lei portuguesa que, naturalmente, determina os termos em que os portugueses podem divorciar-se ou separar-se em país estranjeiro. Conseguintemente, só podem ser reconhecidas em Portugal as formas do divórcio ou da separação de portugueses decretadas em país estranjeiro que sejam reconhecidas pela lei portuguesa.

Em face desta doutrina, é evidente que não pode ser reconhecida em Portugal, nem, portanto, cá produzir quaisquer efeitos, a *separação temporária* decretada em país estranjeiro entre súbditos portugueses (Código civil, artigo 24.°; Código do processo civil, artigo 1088.°, § 1.°, n.° 6.°).

2.°) *Causas do divórcio e da separação.* O preceito legal que especifica as causas que podem basear um pedido de divórcio ou de separação, determina os *limites* dentro dos quais pode ser exercido o direito de os cônjuges se divorciarem ou separarem, define os termos em que pode ser *alterado* o estado das pessoas e, por isso, é incontestável que também semelhante preceito entra no número das leis respeitantes ao estado das pessoas e é lógicamente abrangido na disposição do artigo 24.° do Código civil.

Só poderão, por isso, servir de fundamento a uma sentença de divórcio ou de separação de súbditos portugueses as causas de divórcio e de separação estabelecidas pela lei portuguesa, e como esta as estabelece.

Como dissemos acima, os portugueses também poderão divorciar-se ou separar-se em país estranjeiro por mútuo consentimento. Nesta forma de divórcio ou de separação não se alegam as causas que os determinam, ou antes, a única causa a atender é a *vontade comum* dos cônjuges, com a qual o tribunal tem de contentar-se.

Mas, se os cônjuges não precisam de invocar motivos, precisam contudo de satisfazer a *condições* estabelecidas pela lei (decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 35.°). Estas condições definem os termos em que a vontade dos cônjuges pode modificar o seu estado, a lei que os regula é uma lei

relativa ao estado das pessoas e, portanto, ainda as condições do divórcio dos portugueses em país estranjeiro por mútuo consentimento são reguladas pela lei portuguesa, por fôrça do artigo 24.º do Código civil.

Ao lado do divórcio por mútuo consentimento, importa considerar a dissolução do casamento pelo *repúdio*, isto é, por um acto de vontade de só um dos cônjuges. Esta forma de dissolução do casamento nunca poderá aproveitar aos portugueses em país estranjeiro, pois não é reconhecida pela lei portuguesa, emquanto não é abrangida nem pelo divórcio litigioso, por se fundar, não numa causa prevista pela lei, mas num simples acto de vontade, nem pelo divórcio por mútuo consentimento, onde se exige o acôrdo dos cônjuges, e não a simples vontade de um deles.

3.º) *Efeitos do divórcio e da separação.* Os efeitos do divórcio e da separação constituem duas classes: α) efeitos que representam a liquidação dos interesses pecuniários dos cônjuges; β) efeitos específicos do divórcio ou da separação.

α) *Liquidação dos interesses pecuniários dos cônjuges.* A liquidação dêstes interesses resulta do divórcio ou da separação, como resultaria da dissolução do casamento por morte de algum dos cônjuges (Código civil, artigo 1121.º; decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 2.º) e, por isso, deve ser regulada pela mesma lei que a regularia nesta última hipótese, que é, no nosso sistema, a lei escolhida pelos cônjuges e, na falta de escolha, a lei nacional do marido (Código civil, artigo 1107.º) (1).

β) *Efeitos específicos do divórcio ou da separação.* Êstes efeitos, ainda formam duas categorias, segundo representam *direitos ou deveres dos cônjuges* ou *relações entre pais e filhos.*

Esta segunda categoria de efeitos do divórcio ou da separação de pessoas tem o seu fundamento no *poder paternal* e, por isso, está sujeita ao regime jurídico internacional dêsse poder, assunto que adiante versaremos.

Os direitos e deveres dos cônjuges divorciados ou separados são conseqüência de um estado das pessoas e, por isso,

(1) Supra, n.º 354.

são lògicamente regulados, quanto a portugueses divorciados ou separados em país estranjeiro, pela lei portuguesa.

Pode haver dificuldade quando um dos cônjuges for estranjeiro, mas essa dificuldade será por nós considerada ao estudar o divórcio e a separação em Portugal de estranjeiros de diferente nacionalidade (1).

c) *Execução em Portugal das sentenças de divórcio ou de separação.* Se bem que os portugueses possam divorciar-se ou separar-se em país estranjeiro, as sentenças de divórcio ou de separação só podem produzir efeitos no país desde que sejam revistas e confirmadas pelas Relações.

Já noutro lugar (2) procurámos demonstrar que *todas* as sentenças estranjeiras proferidas em processo contencioso estão entre nós sujeitas a revisão e confirmação e que nenhuma excepção se pode fazer para as sentenças relativas ao estado das pessoas, como são as sentenças de divórcio e de separação.

Importa, porém, considerar, neste momento, uma dificuldade que suscitam os artigos 243.º e 244.º do código do registo civil, assim redigidos: — «Artigo 243.º O divórcio de dois portugueses ou de português e estranjeiro, proferido por tribunais estranjeiros, só pode ser averbado nos livros de registo da República portuguesa, depois de ter sido revista e confirmada a respectiva sentença nos termos dos artigos 1087.º a 1091.º do Código de processo civil. Artigo 244.º Do mesmo modo se procederá em relação às sentenças de nulidade e anulação de casamentos, em que um dos interessados ou ambos sejam portugueses, quando proferidas por tribunais estranjeiros».

Em face dêstes artigos, parece que as sentenças de anulação de casamento ou de divórcio proferidas por tribunais estranjeiros entre estranjeiros podem ser averbadas em Portugal independentemente de *exequatur*, doutrina que, a ser verdadeira, conduziria à conclusão de que podem produzir efeitos em Portugal sentenças respeitantes ao estado das

(1) No sentido da doutrina sustentada no texto de que a separação de portugueses em país estranjeiro é regulada pela lei portuguesa, julgou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 1902 (*Direito*, XXXIII, pág. 132).

(2) L. I, n.ºs 197 e seg.

pessoas sem o preliminar da sua revisão e confirmação por um tribunal português. Importa, por isso, verificar se aos artigos 243.° e 244.° do código do registo civil deve dar-se aquela interpretação, ou se será outro o seu pensamento.

Segundo o artigo 40.°, n.° 6.°, do código do registo civil, nos registos a cargo dos conservadores e dos oficiais do registo serão inscritos ou transcritos os casamentos de estranjeiros quando os contraentes sejam domiciliados ou venham estabelecer-se em Portugal. Esta disposição do código do registo civil mostra claramente que pode haver casamentos de estranjeiros registados nos livros de registo da República portuguesa.

É evidente que os cônjuges estranjeiros podem pedir e conseguir a anulação do seu casamento em país estranjeiro, assim como podem pertencer a um país que admita o divórcio, podem estabelecer domicílio no seu país ou em qualquer outro que admita também o divórcio, podem, por isso, requerer e obter êste, quer no país do domicílio, quer no país de origem, e podem, para qualquer efeito, querer averbar a sentença de anulação ou de divórcio no livro português onde estiver registado o seu casamento. Será, pois, permitido ao conservador ou ao oficial do registo civil averbar a sentença, sem que esta se mostre revista e confirmada por um tribunal português, ou deverá exigir que a sentença tenha sido submetida a *exequatur*?

Eis claramente posta a questão que suscita a análise dos artigos 243.° e 244.° do código do registo civil, comparados com a doutrina que formulámos acêrca da exigência de *exequatur* para todas as sentenças que devam produzir efeitos em Portugal.

Em nosso entender, deve tal questão ser resolvida no sentido de que a revisão e confirmação são necessárias para que possam ser averbadas em Portugal *quaisquer* sentenças de anulação do casamento ou de divórcio proferidas por tribunais estranjeiros.

Em primeiro lugar, os artigos 243.° e 244.° do código do registo civil não devem analisar-se isoladamente, mas devem aproximar-se dos demais preceitos, quer do mesmo código, quer de outras leis, que se referem, ou especialmente

às sentenças de anulação de casamento e de divórcio, ou de um modo geral à execução das sentenças proferidas em tribunais estranjeiros.

A primeira disposição com que devem comparar-se os artigos 243.° e 244.° do código do registo civil é o artigo 38.°, n.° 6.°, do mesmo código, que dispõe: «O conservador geral do registo civil inscreverá ou transcreverá obrigatòriamente, nos respectivos livros, ou a pedido dos interessados, os registos relativos aos seguintes factos: 6.° As sentenças de tribunais portugueses, ou as de estranjeiros *devidamente revistadas e confirmadas*, em que se declare a nulidade ou anulação de casamentos, inscritos ou transcritos nos registos da conservatória geral, ou se decrete o respectivo divórcio». Como se vê, êste preceito sujeita a revisão e confirmação as sentenças de anulação ou de divórcio relativas a casamentos inscritos ou transcritos nos livros da conservatória geral, sem fazer qualquer distinção entre sentenças proferidas entre portugueses ou entre portugueses e estranjeiros, e as proferidas entre estranjeiros.

E o que se diz do averbamento nos livros da conservatória geral, deve dizer-se igualmente do registo de sentenças de anulação de casamento ou de divórcio proferidas por tribunais estranjeiros, quando o registo deva ser feito pelos conservadores ou pelos oficiais do registo civil. A razão de decidir é exactamente a mesma.

Da comparação dos artigos 243.° e 244.° com o artigo 38.°, n.° 6.°, resulta, pois, que, emquanto os primeiros apenas exigem a revisão e confirmação para as sentenças que interessem a portugueses, o segundo a exige para quaisquer sentenças de anulação ou de divórcio respeitantes a casamentos inscritos ou transcritos nos livros da República portuguesa. Sendo assim, ou os artigos 243.° e 244.° têm de subordinar-se ao artigo 38.°, n.° 6.°, e aceitar-se a doutrina da exigência da revisão e confirmação para todas as sentenças de anulação do casamento ou de divórcio, ou se há de subordinar o artigo 38.°, n.° 6.°, aos artigos 243.° e 244.°, e aceitar-se a doutrina da restrição do *exequatur* às sentenças que interessem a portugueses. Por qual das duas soluções se deverá optar? Certamente pela primeira, por ser a que está mais em harmonia com os fundamentos que, segundo os princípios jurídicos e os preceitos do nosso direito, justificam a exigência da revisão e

confirmação das sentenças estranjeiras, como no lugar próprio procurámos demonstrar (1).

Mas, segundo cremos, entre o artigo 38.°, n.° 6.°, e os artigos 243.° e 244.° do código do registo civil não chega haver um conflito real. Trata-se de uma contradição meramente aparente. O legislador, nos artigos 243.° e 244.°, apenas previu e regulou a hipótese mais freqüente e que, por isso, lhe merecia mais interesse, isto é, a hipótese da anulação ou dissolução do casamento de portugueses registado em Portugal, no caso de os interessados pretenderem averbar a sentença neste país. A hipótese de haver um casamento de estranjeiros celebrado em Portugal e registado nos livros da República e anulado ou dissolvido em país estranjeiro, e de os interessados quererem averbar a sentença em Portugal, será rara, sendo porventura por isso que não foi contemplada nos artigos 243.° e 244.°, pelo princípio — *quod semel quod bis accidit, praetereunt legislatores.*

Em segundo lugar, a doutrina de que a exigência de *exequatur* para as sentenças de anulação ou de divórcio proferidas em país estranjeiro se limita às sentenças que interessam a portugueses só pode inferir-se dos artigos 243.° e 244.° por argumento *a contrario sensu,* e é bem sabida a falibilidade dêste argumento, que só deve admitir-se quando quaisquer razões o não invalidem, condição que não se verifica na presente hipótese. Em vez de motivos que o fortaleçam, o argumento *a contrário* só tem motivos que o contrariam. Além de tudo que fica dito, êsse argumento tem contra si o artigo 1090.° do Código do processo civil, que expressamente sujeita a revisão as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros quando ambos os litigantes sejam estranjeiros.

Concluímos, pois, que os artigos 38.°, n.° 6.°, e 243.° e 244.° do código do registo civil devem entender-se no sentido de que estão sujeitas a revisão e confirmação todas as sentenças estranjeiras que se queiram averbar nos livros de registo da República portuguesa.

375 — II — *Divórcio e separação de estranjeiros em Portugal.* Correspondentemente ao que fizemos a respeito dos

(1) L. I, n.os 201 e seg.

portugueses em país estranjeiro, verificaremos: *a*) se os tribunais portugueses podem decretar o divórcio ou a separação entre estranjeiros; *b*) qual a lei reguladora do divórcio ou da separação e dos seus efeitos.

a) Ao estudar a teoria legal do direito português comum acêrca da competência internacional, procurámos demonstrar que os tribunais portugueses eram competentes para conhecer de acções entre estranjeiros, qualquer que fôsse a natureza da acção, inclusivamente das acções relativas ao estado das pessoas. Sendo assim, podem os tribunais portugueses decretar o divórcio e a separação de pessoas entre estranjeiros, em harmonia com a lei competente para regular uma e outra instituïção. E, para evitar repetições escusadas, remetemos o leitor para o que então dissemos (1).

b) Assente que os estranjeiros podem divorciar-se ou separar-se em Portugal, estudemos o regime do seu divórcio ou separação.

1.°) *Direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas.* Quatro soluções poderia ter a questão, soluções informadas por algum dos quatro sistemas que indicámos ao estudar o artigo 1.° da convenção: o sistema da competência da lei do lugar da celebração do casamento; o sistema da competência da lei pessoal dos cônjuges, que, segundo o nosso direito, é a sua lei nacional; o sistema da competência da *lex fori;* e o sistema da competência cumulativa da lei pessoal dos cônjuges e da *lex fori* (2).

Qual dêstes sistemas deverá considerar-se legítimo, em face da lei portuguesa?

Tanto o divórcio como a separação são factos que se relacionam com o estado das pessoas, emquanto ambos *modificam,* mais ou menos profundamente, aquele estado. Ora, sendo princípio do direito português que o estado das

(1) Supra n.° 263. Pode hoje considerar-se fixada a jurisprudência dos nossos tribunais no sentido da sua competência para decretar o divórcio ou a separação de pessoas entre estranjeiros. Vide nesse sentido: acórdãos do Supremo Tribunal de 8 de maio de 1906, 20 de julho de 1909, 12 de janeiro de 1912 e 15 de novembro de 1921 (*Colecção*, VI, pág. 298, VIII, pág. 309, e XI, pág. 61; *Revista dos tribunais,* XL, pág. 219); sentença do juiz de Macau, Dr. Américo Botelho de Sousa, de 28 de outubro de 1913 (*Gazeta da Relação de Lisboa,* XXVII, pág. 730).

(2) Supra, n.° 363.

pessoas é regulado pela lei do seu país (Código civil, artigos 2.° e 27.°), daí resulta lògicamente que, em princípio, os estranjeiros só poderão exercer em Portugal direitos que se relacionem com o seu estado, quando êsses direitos sejam reconhecidos pela sua lei nacional, e que, conseguintemente, só será permitido a um estranjeiro pedir o divórcio ou a separação se um ou outra forem reconhecidos pela lei do seu país. Em princípio, pois, o sistema juridicamente rigoroso, em face do nosso direito, é o sistema da competência da lei pessoal, sob a forma de lei nacional.

Não deverá, porém, considerar-se a lei portuguesa que estabelece o divórcio ou a separação como uma *lei de ordem pública permissiva*, de modo que possam divorciar-se ou separar-se em Portugal os nacionais de países que não admitem o divórcio ou a separação?

Não deve nem pode atribuir-se à lei do divórcio ou da separação êsse carácter. Não deve, pois nem há um claro motivo de ordem pública que o exija, nem é lícito, sem uma rande razão de interesse social, criar para os cidadãos de outros países a estranha situação de serem considerados divorciados ou separados em Portugal e de continuarem a ser considerados como casados ou não separados no seu país.

Não pode, pela razão decisiva, que já temos invocado, de que uma lei não pode ser considerada de ordem pública em relação a uma lei de certo país e não o ser em relação a uma lei igual de outro país. Em verdade, Portugal, aceitando e ratificando a convenção da Haia, obrigou-se a não decretar o divórcio ou a separação de súbditos dos Estados contratantes cuja lei não admita o divórcio ou a separação, o que equivaleu a declarar que não considera de ordem pública internacional relativamente às leis dos Estados contratantes a lei portuguesa que estabelece o divórcio ou a separação. Por isso, também a mesma lei se não poderá considerar de ordem pública em relação às leis de quaisquer outros Estados.

2.°) *Forma de divórcio ou de separação.* Como verificámos ao estudar a convenção, podem, tanto o divórcio como a separação, revestir a forma *litigiosa* ou a forma de *mútuo consentimento* e, por seu turno, a separação pode ser, quer *por tempo indeterminado*, quer *temporária*,

quer temporária ou por tempo indeterminado, segundo o arbítrio do juiz (1).

Ora, em Portugal, se o divórcio e a separação podem ser quer litigiosos quer por mútuo consentimento, a separação apenas pode revestir a forma de separação por tempo indeterminado. Sendo assim, aparece naturalmente a questão sôbre qual seja a lei que regula a forma de divórcio ou de separação a que os estranjeiros poderão recorrer em Portugal.

É evidente que os estranjeiros só poderão recorrer a uma forma de divórcio ou de separação admitida pela lei do seu país, pois, qualquer que seja a forma que revistam, o divórcio ou a separação constituem sempre modificação do estado das pessoas, e êste é regulado, como já foi dito, pela lei nacional (2).

Contudo, as leis estranjeiras não podem ser aplicadas em Portugal quando contrárias às leis portuguesas de interesse e ordem pública e, por isso, importa saber se os preceitos da lei portuguesa que determinam as formas do divórcio e da separação são ou não de ordem pública, para verificar se os estranjeiros apenas podem pedir em Portugal uma forma de divórcio ou de separação reconhecida pela lei portuguesa, ou se ainda poderão pedir em Portugal uma forma de divórcio ou de separação que a nossa lei não admite.

Já versámos, porém, esta questão a propósito do

(1) Supra, n.º 363.

(2) Em divergência com a doutrina sustentada no texto, decidiu o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 1921 (*Revista dos Tribunais*, XL, pág. 211) que dois cônjuges ingleses domiciliados em Portugal podiam divorciar-se por mútuo consentimento, embora na Inglaterra não exista o divórcio por mútuo consentimento.

Na Inglaterra não existe, com efeito, o divórcio por mútuo consentimento, existindo apenas o divórcio litigioso, e em casos relativamente pouco numerosos (Lehr, *Droit anglais*, I, n.os 107 e seg.; Laurent Bailly, *Le divorce et la séparation de corps*, pág. 587 e seg.

Sendo assim, os ingleses domiciliados em Portugal sòmente poderão divorciar-se por mútuo consentimento por um de dois fundamentos: ou por a lei portuguesa, que estabelece aquela forma de divórcio, ser de ordem pública permissiva e, como tal, aplicável a nacionais e estranjeiros; ou por o direito internacional privado inglês mandar regular o estado das pessoas pela lei do domicilio, e a lei portuguesa admitir o divórcio por mútuo consentimento.

O primeiro fundamento é insustentável, pela razão aduzida no texto (pág. 608) de que a convenção da Haia marca os limites daquilo que, em matéria de divórcio ou de separação de pessoas, pode considerar-se de

artigo 3.º da convenção, decidindo-a no sentido de os estranjeiros poderem obter em Portugal uma forma de separação diferente da estabelecida pela lei portuguesa. Para aí remetemos, pois, o leitor (1).

3.º) *Causas do divórcio e da separação.* As causas do divórcio ou da separação, como meios de concretizar e de delimitar o direito de pedir o divórcio ou a separação, relacionam-se evidentemente com o *estado das pessoas* e, por isso, na sua determinação, não pode deixar de ser aplicada a lei nacional dos cônjuges, a qual, por fôrça do artigo 27.º do Código civil, é a lei competente para regular o estado das pessoas.

Todavia, o sistema de causas de divórcio ou de separação estabelecido por uma legislação marca os limites dentro dos quais a sociedade conjugal pode dissolver-se ou interromper-se e fixa o grau de estabilidade que o legislador julgou necessário assegurar à instituïção da família. Exceder êsses limites, pelo reconhecimento de causas de divórcio ou de separação que o direito local não admite, seria o mesmo que sancionar, em maior ou menor extensão, meios de dissolução da família contrárias às leis de ordem pública, em face dos conceitos do legislador local, pois, se êste determina taxativamente as causas que podem conduzir ao divórcio ou à separação, é porque considera contrário à estabilidade da família e à moralidade social permitir a dissolução ou interrução da sociedade conjugal por outros motivos.

ordem pública internacional, e a convenção nunca dispensa que o divórcio exista segundo a lei nacional, nem que deixe de existir uma causa de divórcio segundo esta lei, o que quere dizer que a *lex fori* nunca pode ser considerada de ordem pública permissiva.

O segundo fundamento, que foi o invocado pelo tribunal, equivale a admitir a *teoria da devolução* em face da lei portuguesa, teoria que o tribunal, aliás, não invocou e que, como procurámos demonstar, é não só scientificamente falsa (L. 1, n.os 153 a 160), mas inteiramente repelida pela lei portuguesa (L. 1, n.º 161). Mas, aceitasse-a ou não, o que o tribunal não poderia nunca era aplicá-la simplesmente porque Laurent Bailly e Regnault dizem que, em face do direito internacional privado inglês, a lei do domicilio e o estatuto pessoal dos ingleses (o acórdão não aduz, com efeito, outra razão). Os tribunais portugueses não têm por missão aplicar o direito internacional privado inglês, que considera como lei pessoal a lei do domicilio, mas o direito internacional privado português, que considera como lei pessoal a lei nacional (Código civil, artigos 24.º e 27.º; Código comercial, artigo 12.º). Não podemos, por isso, considerar o acórdão digno de imitação, nem pela doutrina que seguiu, nem pelo modo como a fundamentou.

(1) Supra, pág. 569.

Sendo assim, não poderá um estranjeiro propor em Portugal uma acção de divórcio ou de separação quando não possa alegar uma causa prevista pela sua lei nacional e uma causa prevista pela lei portuguesa.

Bastará, porém, que se verifique *qualquer* das causas previstas pela lei nacional e *qualquer* das causas previstas pela lei portuguesa, embora as duas causas sejam *diferentes*, ou será necessária a *concordância absoluta* da lei portuguesa com a lei nacional, de modo que a acção de divórcio ou de separação só deva ser julgada procedente se se invocar uma causa admitida *simultâneamente* pelas duas leis?

Como sabemos, a convenção da Haia contentou-se com a *concordância simples* da lei nacional com a *lex fori*, exigindo que exista uma das causas previstas pela lei nacional e uma das causas previstas pela *lex fori*, embora as duas causas sejam diferentes. A razão de decidir da convenção foi que, em tal hipótese, o divórcio é admitido tanto pela lei nacional como pela lei local, e que isso basta para satisfazer as exigências da lei nacional, como lei pessoal, e as exigências da lei local, como lei de ordem pública.

E a mesma doutrina deve seguir-se em face do direito português comum. A razão já foi dita por mais de uma vez. A lei portuguesa que estabelece as causas de divórcio é aplicada como lei de ordem pública internacional e, neste ponto, as exigências da ordem pública são marcadas pela convenção, pois não pode admitir-se que a mesma lei seja ou deixe de ser de ordem pública internacional segundo a lei estranjeira é ou não de um Estado contratante.

O que temos dito aplica-se à hipótese da a lei estranjeira apenas admitir o divórcio ou a separação por causas determinadas.

Se a lei estranjeira permitir o divórcio ou a separação por *causas indeterminadas*, deixando ao prudente arbítrio do julgador determinar se o motivo alegado é suficiente para basear o pedido, poderá certamente o tribunal português julgar procedente a acção de divórcio ou de separação fundado em qualquer das causas indicadas pela lei portuguesa, pois essas causas cabem evidentemente na fórmula genérica da lei estranjeira competente para regular o divórcio ou a separação.

Se, porém, o motivo alegado não constituir causa de divórcio ou de separação segundo a lei portuguesa, a qual é taxativa e não exemplificativa, e não houver uma causa de divórcio ou de separação segundo a lei portuguesa, já a acção não poderá proceder, pela razão dita de ser de ordem pública o preceito da nossa lei que determina as causas do divórcio ou da separação.

d) Como já tivemos ocasião de dizer, os efeitos do divórcio ou da separação formam duas classes — *a*) efeitos de liquidação ou partilha dos bens do casal entre os cônjuges, e *b*) efeitos específicos do divórcio ou da separação.

1.°) *Liquidação dos bens do casal.* Como a morte de um dos cônjuges conduz à partilha dos bens da sociedade conjugal entre o cônjuge sobrevivo e os herdeiros do cônjuge falecido, assim o divórcio e a separação conduzem à liquidação dos bens do casal entre os cônjuges divorciados ou separados. Sendo assim, nasce naturalmente a questão sôbre qual deva ser a lei reguladora de tal liquidação.

Pelas razões já ditas em outro lugar (1), a liquidação dos interesses pecuniários dos cônjuges, no caso de divórcio ou de separação, deve ser regulada pela mesma lei que a regularia no caso de morte de um dos cônjuges, que é a lei que tiver sido escolhida pelos cônjuges e, na falta de escolha, a lei nacional do marido (Código civil, artigo 1107.°).

2.°) *Efeitos específicos do divórcio ou da separação.* Estes efeitos formam ainda duas classes, segundo representam relações entre os pais e os filhos menores, ou direitos e deveres dos cônjuges.

Das relações entre os pais e os filhos menores trataremos ao estudar o regime jurídico internacional do poder paternal.

Os efeitos do divórcio ou da separação que representam direitos e deveres dos cônjuges divorciados ou separados ainda formam três categorias, a primeira relativa à capacidade de os cônjuges divorciados contraírem um nôvo casamento, a segunda respeitante às *perdas patrimoniais* sofridas pelo cônjuge que dá causa ao divórcio ou à separação, e a terceira concernente ao regime das relações entre os cônjuges separados. Estudemo-las cada uma de per si.

(1) Supra, pág. 602.

1.°) *Capacidade de os cônjuges divorciados contraírem um nôvo casamento.* A capacidade de contrair um nôvo casamento é o efeito natural do divórcio e, como tal, admitido por todas as legislações que permitem o mesmo divórcio. Nem todas as legislações reconhecem, porém, de modo igual essa capacidade, pois, emquanto umas permitem o segundo casamento de modo muito amplo, apenas com algumas restrições quanto à mulher divorciada para evitar a *turbatio sanguinis*, outras dão ao divórcio o carácter de impedimento do casamento, ou entre os cônjuges divorciados, ou entre os cônjuges divorciados e terceiros, durante um certo tempo (1). Daqui o interesse de saber que lei regula em Portugal a capacidade matrimonial de um estranjeiro divorciado.

A solução é dada pelo artigo 143.° do regulamento consular, que manda regular o direito de contrair casamento e, portanto, a capacidade matrimonial pela lei nacional dos futuros cônjuges.

2.°) *Perdas patrimoniais do cônjuge que dá causa ao divórcio ou à separação.* Em geral, as legislações impõem ao cônjuge que dá motivo ao divórcio ou à separação a *pêna pecuniária* da perda de todos ou de uma parte dos benefícios que o mesmo cônjuge, pelo casamento, tenha havido do outro cônjuge ou de terceiro por consideração do cônjuge inocente. É o que fazem entre nós: o Código civil, artigo 1213.°, quanto à separação, dispondo — «O cônjuge, que der causa à separação, perderá tudo o que houver recebido do outro cônjuge, ou que outrem, por consideração dêste, lhe houver dado ou prometido»; e o decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 27.°, quanto ao divórcio, que preceitua — «O cônjuge que der causa ao divórcio perderá todos os benefícios que haja recebido, ou haja de receber, do outro cônjuge, quer lhe tenham sido estipulados em contrato antenupcial, quer assegurados posteriormente. Pelo contrário, o cônjuge inocente conserva todos os benefícios que lhe tenham sido assegurados pelo cônjuge culpado, ainda que tais benefícios fôssem estipulados com a cláusula de reciprocidade. § único. É permitido ao cônjuge inocente renunciar ao direito garantido neste artigo;

(1) Vide *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 42.°, n.° 1815, pág. 434, e ano 45.°, n.° 1895, pág. 33.

mas, havendo filhos, a renúncia só pode fazer-se a favor dêstes».

Divergem, porém, as legislações na maior ou menor severidade com que tratam o cônjuge culpado e, dada esta divergência das legislações, interessa saber por que lei hão de ser reguladas em Portugal as perdas pecuniárias de um cônjuge estranjeiro que der causa ao divórcio ou à separação, se pela lei nacional dêsse cônjuge, como lei pessoal, se pela lei portuguesa, como lei de ordem pública.

A pêna pecuniária é ainda uma conseqüência do divórcio ou da separação e, por isso, parece lógico que também ela seja regulada pela mesma lei que em geral regula o divórcio, que é a lei nacional dos cônjuges.

3.°) *Relações jurídicas entre os cônjuges separados.* A separação de pessoas e bens deixa permanecer o vínculo matrimonial, e daí resulta que, ainda depois da separação, podem aparecer nas legislações preceitos semelhantes ao do artigo 1216.° do Código civil português, segundo o qual a disposição entre vivos dos bens imobiliários, que ficam pertencendo a cada um dos cônjuges depois da separação, depende do consentimento de ambos, isto é, podem aparecer preceitos que afectem a *capacidade* dos cônjuges separados.

Ainda neste ponto, os efeitos da separação devem ser regulados pela lei pessoal, como lei normalmente competente para regular a mesma separação. A essa lei compete naturalmente regular o alcance jurídico da separação e determinar a medida de capacidade que ficam tendo os cônjuges depois de separados.

376—Temos considerado até aqui a hipótese de os cônjuges serem ambos portugueses ou ambos estranjeiros da mesma nacionalidade. Importa, porém, analisar a melindrosa hipótese de os cônjuges serem de diferente nacionalidade.

Esta hipótese deve ser apreciada sob o ponto de vista do *direito de pedir* o divórcio ou a separação, da *forma* de divórcio ou de separação, e das *causas* desta ou daquele, e sob o ponto de vista dos *efeitos* que produzem,

a) *Direito de pedir o divórcio ou a separação; sua forma e causas.* Aceitando-se o princípio, que consideramos

irrecusável, de que o divórcio e a separação, na sua admissibilidade, na sua forma e nas suas causas, devem ser regulados pela lei pessoal e, no sistema português, pela lei nacional, apenas pode hesitar-se, em nosso entender, entre: a *competência da última lei nacional comum*, se os cônjuges ficarem tendo pelo casamento, como é regra, a mesma nacionalidade; a *competência da lei nacional do marido;* e a *competência cumulativa* das leis nacionais do marido e da mulher. A questão já foi, porém, por nós estudada, tanto ao analisar os *conflitos de leis pessoais* (1), como ao analisar o artigo 8.° da convenção (2), decidindo-nos pelo princípio da competência cumulativa da lei nacional do marido e da lei nacional da mulher, já porque se trata da *modificação de um estado relativo* e porque estão em jôgo, não os interesses superiores da família, mas os interesses individuais de cada um dos cônjuges, o que exclui a simples aplicação da lei nacional do marido, já porque se deve aplicar a lei nacional *que é* e não a lei nacional *que foi*, para modificar um *estado actual*, o que exclui a aplicação da última lei nacional comum.

A competência desta lei deve, contudo, considerar-se legítima quando qualquer dos cônjuges tenha mudado de nacionalidade com o fim de se subtrair fraudulentamente ao rigor da mesma lei. O princípio da *competência cumulativa* deve, pois, temperar-se com a doutrina que estabelecemos acêrca da *fraude à lei* (3).

b) *Efeitos do divórcio e da separação.* Como notámos acima, os efeitos do divórcio e da separação formam

(1) L. I, n.° 136.
(2) Supra, n.° 372.
(3) L. I, n.° 165 a 167. Em face da doutrina seguida no texto, não podem divorciar-se em Portugal cônjuges um dos quais seja, por exemplo, brasileiro, espanhol ou italiano, visto o divórcio não ser reconhecido no Brasil, na Espanha e na Itália. Segundo a mesma doutrina, era errada a decisão do acórdão da Relação de Lisboa de 26 de abril de 1916 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, XXX, 164), que julgou que a mulher portuguesa que casa com um espanhol e conserva a nacionalidade portuguesa pode requerer o divórcio em Portugal, decisão revogada pelo acórdão do Supremo Tribunal de 5 de janeiro de 1918 (*Direito*, I., pág. 250). O referido acórdão da Relação de Lisboa também tinha partido da idea errada de que, segundo a lei espanhola, a mulher não adquire pelo casamento a nacionalidade do marido, quando é certo que o artigo 22.° do código civil espanhol dispõe exactamente o contrário (Vide *Gazeta da Relação de Lisboa*, XXX, pág 165, nota).

duas classes gerais, sendo uns relativos à *liquidação dos bens do casal*, e sendo os outros *efeitos específicos* do divórcio ou da separação.

A liquidação dos bens do casal faz-se sempre segundo o regime de bens do casamento e, portanto, segundo a lei escolhida pelos cônjuges ou segundo a lei nacional do marido (Código civil, artigo 1107.°), sendo, por isso, indiferente que os cônjuges tenham ou não a mesma nacionalidade.

Os efeitos específicos do divórcio ou da separação ainda são de quatro categorias, uma própria do divórcio, duas comuns às duas instituïções, e outra própria da separação.

O efeito específico do divórcio é a *capacidade de contrair nôvo casamento*. Esta capacidade deve ser regulada, quanto a cada um dos ex-cônjuges, pela sua lei nacional. Dissolvido o vínculo conjugal, nenhuma razão existe para subordinar a capacidade matrimonial da mulher à lei nacional do marido, ou vice-versa, e, por isso, a capacidade dos cônjuges fica sujeita naturalmente à lei normal dos impedimentos, que é, segundo o nosso direito, a lei nacional dos futuros cônjuges (Regulamento consular, artigo 143.°).

As duas categorias de efeitos comuns ao divórcio e à separação referem-se às *relações entre os cônjuges e os filhos* havidos do seu casamento (Código civil, artigo 1207.°, n.° 3.°, e 1212.°; decreto de 3 de novembro de 1910, art. 21.° a 25.°), e às relações entre os cônjuges a respeito de *alimentos* e das *perdas patrimoniais* sofridas pelo cônjuge que der causa ao divórcio ou à separação (Código civil, art. 1207.°, n.° 2.°, e 1213.°; decreto de 1910, artigo 27.° e 29.° e seg.).

Do regime das relações entre os cônjuges e os filhos falaremos no estudo do regime jurídico internacional do poder paternal.

O *direito a alimentos* devidos pelos cônjuges um ao outro tem a sua razão de ser no casamento e, por isso, parece-nos que a doutrina exacta consistirá em atribuir competência à lei que rege os efeitos do casamento nas relações entre os cônjuges, que é a lei nacional do marido (1).

As *perdas matrimoniais* sofridas pelo cônjuge culpado do divórcio ou da separação têm a sua *causa eficiente* no

(1) Supra, n.° 353.

divórcio ou na separação e, por isso, deve regulá-las a lei que rege um ou a outra. Ora, aceitando nós a doutrina de que o divórcio ou a separação apenas podem ser decretados quando sejam simultâneamente admitidos pela lei nacional do marido e pela lei nacional da mulher, segue-se que o cônjuge culpado apenas perderá aquilo de que dever ser privado segundo a sua própria lei e segundo a lei nacional do outro cônjuge.

Entre os *efeitos próprios da separação*, importa considerar a *limitação da capacidade* dos cônjuges quanto à alienação dos seus bens (Código civil, artigo 1216.°) e a *possibilidade de restabelecer a sociedade conjugal*. Não pode haver dificuldade em determinar a lei reguladora dêstes assuntos. O casamento persiste e, por isso, a lei reguladora da capacidade dos cônjuges deve ser a mesma que a regula durante a persistência da vida em comum, que é a lei nacional do marido. O restabelecimento da sociedade conjugal é o regresso à vida em comum, estando naturalmente sujeita à lei que rege os direitos e deveres pessoais dos cônjuges, que também é a lei nacional do marido (1).

377 — Pelo artigo 46.° do decreto de 3 de novembro de 1910, proferida que seja uma sentença que autorize a separação de pessoas e bens, se, no prazo de cinco anos a contar do seu trânsito em julgado, os cônjuges se não reconciliarem, poderá *qualquer deles* obter que a *separação seja convertida em divórcio*, assim o requerendo nos autos da acção de separação.

Admite, pois, o direito português a conversão da separação em divórcio, no que concorda com a maioria das legislações que reconhecem a separação e o divórcio (2).

Legislações há, porém, que, embora admitam a separação e o divórcio, não permitem a conversão da primeira no segundo, como acontece, por exemplo, com a legislação inglesa e com a legislação da maior parte dos Estados da União Norte-americana (3).

Sendo êste o modo de ser das legislações, bem pode

(1) L. 1, pág. 465; Supra, n.° 353.
(2) Roguin, ob. cit. pág. 338 e 339.
(3) Roguin, ob. cit., pág. 339.

acontecer que cônjuges portugueses se separem de pessoas e bens em país estranjeiro e pretendam converter a separação em divórcio em Portugal, assim como pode acontecer que cônjuges estranjeiros separados em Portugal ou no estranjeiro queiram pedir a conversão em Portugal, e daqui nasce uma série de questões sôbre se a conversão pode ter lugar e, no caso afirmativo, qual a lei que deve regulá-la. Estudaremos o problema, primeiro, na hipótese de os cônjuges serem portugueses e, segundo, na hipótese de serem estranjeiros.

a) *Cônjuges portugueses separados em país estranjeiro.* É para nós doutrina já assente que os portugueses podem separar-se de pessoas e bens em país estranjeiro (1).

Poderão, porém, pedir em Portugal a conversão em divórcio de uma separação decretada em país estranjeiro? A resposta afirmativa não é expressamente formulada em texto algum das nossas leis, e antes parece opor-se-lhe o artigo 46.° do decreto de 3 de novembro de 1910, assim redigido: «Proferida sentença que autorize a separação de pessoas e bens, se, no prazo de cinco anos a contar do seu trânsito em julgado, os cônjuges se não reconciliarem, poderá qualquer deles obter que a separação seja convertida em divórcio, assim o requerendo nos autos da separação». Êste artigo fala da conversão em termos tais, que se refere evidentemente à separação decretada em Portugal, pois manda requerer a conversão nos *autos da acção de separação*, o que podia dar uma certa aparência lógica à doutrina de que em Portugal só é permitido converter em divórcio uma separação decretada numa acção que tenha corrido perante os tribunais portugueses.

Cremos, contudo, que a verdadeira doutrina é a de que pode ser convertida em divórcio em Portugal uma separação decretada em país estranjeiro, desde que a sentença que a decretou tenha sido devidamente revista e confirmada.

Assente o princípio, consideramos incontestável, de que os portugueses podem separar-se de pessoas e bens em país estranjeiro, como incontestável se apresenta também o princípio de que as sentenças de separação proferidas em país estranjeiro podem ser executadas em Portugal, desde que

(1) Supra, n.° 374.

sejam revistas e confirmadas pela Relação para isso competente.

Mas, declarar exequível em Portugal uma sentença estranjeira, equivale a equipará-la às sentenças portuguesas e atribuir-lhe os mesmos efeitos. Não pode ser outro o alcance dos artigos do Código civil e do Código do processo civil que atribuem eficácia às sentenças estranjeiras, desde que sejam devidamente confirmadas.

Sendo assim, se uma sentença de separação proferida em Portugal entre cidadãos portugueses pode ser base da conversão da separação em divórcio ao fim de cinco anos depois do seu trânsito em julgado, igualmente uma sentença de separação de cidadãos portugueses proferida em país estranjeiro deverá ser base da conversão da separação em divórcio.

O citado artigo 46.° do decreto de 3 de novembro de 1910 não pode ter o alcance de recusar a conversão em divórcio da separação decretada em país estranjeiro, simplesmente porque diz que a conversão deve ser requerida nos autos da acção de separação. O legislador exprimiu-se assim nesse artigo, não porque efectivamente não quisesse admitir a conversão em divórcio da separação decretada em país estranjeiro, mas porque, ao redigi-lo, apenas pensou na separação proferida em Portugal. O valor da sentença de separação proferida em país estranjeiro quanto à possibilidade da sua conversão em divórcio tem de ser, pois, determinado em harmonia com os princípios gerais de direito internacional privado sancionados nas nossas leis, e dêsses princípios resulta, como já dissemos, que tal sentença pode ser convertida em sentença de divórcio, desde que se mostre devidamente revista e confirmada.

Mas, admitindo-se esta doutrina, aparece imediatamente uma questão de competência jurisdicional, relativa à determinação do tribunal competente para converter a separação em divórcio.

No fundo, o pedido da conversão da separação em divórcio é um pedido de divórcio e, portanto, desde que a acção de conversão não possa considerar-se, quanto à competência, como uma acção dependente da acção de separação, deve aplicar-se o princípio de competência que manda intentar as

acções de divórcio no juízo do domicílio ou da residência do autor (decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 5.º).

b) *Cônjuges estranjeiros separados em Portugal ou no estranjeiro.* Da comparação da lei portuguesa com as leis estranjeiras sôbre a conversão da separação em divórcio, nasce uma primeira forma de conflito com êste aspecto prático: poderá um estranjeiro, um inglês por exemplo, pedir em Portugal a conversão da separação em divórcio, se a conversão não for admitida pela lei do seu país?

Outra forma de conflito resulta da comparação da lei portuguesa com as leis que, como ela, admitem a conversão da separação em divórcio, mas dela divergem na determinação das *condições* de que depende a conversão. Qual a lei reguladora das condições da conversão da separação em divórcio?

Outra dificuldade ainda pode suscitar um pedido de conversão feito em Portugal por um estranjeiro. É esta: poderá ser decretada por um tribunal português a conversão em divórcio de uma separação proferida em país estranjeiro? No caso afirmativo, poderá ser pedida a conversão, se a separação tiver sido decretada por uma causa que não é reconhecida pelo direito português?

Examinemos as três questões enunciadas.

1.º A primeira questão antolha-se-nos de fácil solução, devendo, a nosso ver, ser resolvida negativamente. A conversão da separação em divórcio representa uma clara modificação do estado das pessoas, a sua admissão ou não admissão entra na esfera de aplicação da lei pessoal e, portanto, não terá o direito de requerer a conversão em Portugal um estranjeiro cuja lei nacional a não admita.

2.º A questão relativa à lei reguladora das condições da conversão da separação em divórcio já foi por nós considerada, dando-lhe a solução de que deve aplicar-se exclusivamente a lei nacional dos cônjuges (1).

β) Dada a igualdade jurídica entre portugueses e estranjeiros, na esfera do direito privado, relativamente aos actos que hajam de produzir os seus efeitos em Portugal, dada a equiparação da eficácia jurídica entre as sentenças proferidas em Portugal e as proferidas em país estranjeiro,

(1) Supra, pág. 571.

desde que estas tenham sido devidamente revistas e confirmadas, embora sejam estranjeiras as partes interessadas (Código de processo civil, artigo 1090.º), e dada a faculdade concedida aos portugueses de, em Portugal, converter em divórcio a separação decretada em país estranjeiro, parece lógica a doutrina de que igual faculdade deve ser concedida aos estranjeiros separados no estranjeiro e que requeiram a conversão em Portugal, desde que a conversão haja de produzir efeitos neste país.

Para a conversão será competente, como acontece relativamente a portugueses, o juízo do domicílio ou da residência do autor na acção de conversão.

Pode dar-se, porém, a hipótese, como acima notámos, de cônjuges estranjeiros se haverem separado em país estranjeiro por um motivo não considerado pelo direito português como causa de separação, e podem os cônjuges pretender converter a separação em divórcio em Portugal, sendo, por isso, necessário averiguar da viabilidade de semelhante pretensão.

Podia parecer, à primeira vista, que a pretensão seria viável, pelo fundamento de que, no caso de conversão da separação em divórcio, êste se funda no facto da duração da separação por um certo tempo, e de que, portanto, desde que a conversão fosse admitida pela lei nacional dos cônjuges, como o é pela lei portuguesa, nenhum obstáculo se opunha à conversão.

Entendemos, contudo, que a conversão não pode admitir-se.

Quando se dá a conversão da separação em divórcio, êste é, afinal, motivado pela causa que determinou a separação, pois é certo que entre nós a separação só pode fundar-se nas causas do divórcio litigioso.

Mas poderá, ao menos, ser confirmada uma sentença de conversão em divórcio de uma separação decretada em país estranjeiro por uma causa não reconhecida pelo direito português?

Também entendemos que não. De outro modo, reconhecer-se-ia indirectamente aquilo que directamente se não reconhece. Se a sentença de separação não pode ser confirmada, a sentença de divórcio fundada em tal sentença de

separação também o não deve poder ser. O vício é de origem. E não pode o vício que afecta a sentença de separação desaparecer simplesmente pela sua conversão em divórcio.

378 — A par com o divórcio e com a separação de pessoas e bens, permite o direito matrimonial a *simples separação de bens*, para precaver a mulher contra a má administração do marido (Código civil, artigo 1219.° e seguintes). Daí a necessidade de determinar o regime jurídico internacional desta situação, na qual, persistindo o vínculo conjugal e a vida em comum, são subtraídos à administração do marido e entregues à administração da mulher os bens a esta pertencentes.

Cremos que a lei normalmente competente para reger a simples separação de bens é fácil de determinar. Trata-se da administração do património do casal e, por isso, parece-nos que a sua atribuïção ao marido ou à mulher deve depender da mesma lei que, em geral, preside à organização dêsse património e que é a lei nacional do marido (Código civil, artigo 1107.°). Esta lei determinará, pois, se e quando a mulher poderá requerer a separação e administração dos seus bens.

A aplicação da lei nacional do marido poderá, porém, ser limitada pela lei do lugar em que for pedida a separação, quanto às suas disposições de ordem pública internacional. Assim, entre nós, será sempre aplicáveis, seja qual for a lei nacional do marido, os preceitos dos artigos 1225.° do Código civil e 482.°, § 2.°, do Código de processo civil, segundo os quais devem ser anunciadas a petição e a sentença da separação de bens, não produzindo efeitos em relação a terceiros emquanto não forem devidamente anunciadas. Semelhantes preceitos, emquanto tendem a defender os interesses de terceiros, são de ordem pública internacional e, como tais, aplicáveis a nacionais e a estranjeiros (1).

(1) Brocher, ob. cit., II, n.° 186; Rolin, ob. cit., III, n.°s 1105 e 1106.

CAPITULO II

Relações entre pais e filhos

I. **Constituïção:** 379 — *Legitimidade.* Direito comparado. Direito aplicável. 380 — *Legitimação.* Direito comparado. Direito aplicável. Efeito da legitimação realizada em país estranjeiro. 381 — *Perfilhação.* Direito comparado. Direito aplicável: perfilhação voluntária e perfilhação judicial. 382 — Adopção.

II. **Conteúdo:** 383 — Regime jurídico internacional do poder paternal quanto à pessoa e quanto aos bens dos filhos menores. 384 — Direito de sucessão, direito a alimentos e direito ao nome.

III. **Extinção ou suspensão.** 385 — O poder paternal, a maioridade e a emancipação. 386 — O poder paternal e a ausência dos pais. 387 — O poder paternal e a interdição dos pais. 388 — O poder paternal e a condenação penal dos pais. 389 — A questão da aplicabilidade aos estranjeiros das disposições do decreto de 27 de maio de 1911 sôbre a Tutoria da infância.

I

379 — As relações jurídicas entre pais e filhos podem constituir-se, ou por um *facto natural*, a procriação, acompanhada de um *facto jurídico*, que lhe atribui efeitos legais, o que tem lugar na filiação legítima, na legitimação e na perfilhação, ou por um *simples acto jurídico*, sem que haja o facto natural da procriação, o que se verifica na adopção. Importa, pois, estudar o regime jurídico internacional de cada um dos institutos — legitimidade, legitimação, perfilhação e adopção.

Trataremos de cada um dêstes meios de constituïção das relações entre pais e filhos — formulando algumas indicações de *dircito comparado*, determinando a *lei normalmente competente* para os regular, procurando resolver os *conflitos*

de leis pessoais, e fixando os limites que à aplicação da lei normalmente competente podem opôr as *leis de ordem pública internacional.* Começaremos pela

I — *Legitimidade.* a) *Direito comparado.* A legitimidade dos filhos deriva do *casamento* dos pais e constitui uma *presunção* admitida por todas as legislações, as quais traduzem o velho brocardo romanista *pater est is quem justai nupciae demonstrant.*

Mas, se as legislações se encontram na indispensável admissão de tal presunção, divergem, mais ou menos, nas *condições* em que a estabelecem, nas *condições e prazos* em que reconhecem a impugnação da legitimidade pelo pai presuntivo, e no direito reconhecido aos herdeiros dêste de contestarem a legitimidade.

1.°) *Condições de existência da presunção de legitimidade.* Sob êste ponto de vista, formam as legislações dois grupos, segundo baseiam a presunção de legitimidade, ou só na *concepção* durante o casamento, ou tanto na *concepção* como no *nascimento* durante o casamento. As legislações do primeiro grupo formam o *sistema latino,* adoptado pelo código civil francês (artigo 312.°) e depois adoptado, entre outros, pelos códigos italiano (artigo 159.°), português (artigo 101.°; Decreto de 25 de dezembro de 1910, artigo 1.°), argentino (artigo 274.°), espanhol (artigo 108.°) e brasileiro (artigo 337.°). As legislações do segundo grupo formam o *sistema germânico,* seguido pelos códigos alemão (artigo 1591.°) e suíço (artigo 252.°).

Todas as legislações estabelecem também um *período legal da gestação uterina.* Todavia, êste período não é igual em todas. Assim, emquanto todos os códigos apontados, à excepção do alemão, estabelecem o período de trezentos dias, o código alemão estabelece o período de 302 dias (art. 1592.°). E, na relação que naturalmente existe entre a legitimidade e o período legal da gestação uterina, importa mencionar uma extravagância do código civil francês (art. 315.°), ainda perfilhada pelo código italiano (art. 169.°), segundo os quais também é presumido legítimo o filho nascido passados trezentos dias depois de dissolvido o casamento. Esta paternidade póstuma de um indivíduo há muito morto, que é contrária ao bom senso e se presta ao ridículo,

como nota Planiol, (1) foi excluída expressamente pelo código suíço (art. 252.°).

2.°) *Impugnação da legitimidade.* Todas as legislações admitem que a presunção de legitimidade pode ser impugnada, variando, porém, quanto às *pessoas,* quanto aos *motivos* e quanto aos *prazos.*

α) *Pessoas.* São unânimes as legislações em reconhecer ao *pai* o direito de impugnar a legitimidade e, em geral, também êsse direito é reconhecido aos *herdeiros* do pai, se êste morrer ou se tornar incapaz de propor a acção antes de decorrido o prazo estabelecido pela lei. Contudo, o código civil brasileiro determina que aquele direito cabe privativamente ao marido, podendo os herdeiros apenas continuar as acções por êle iniciadas (arts. 344.° e 345.°), preceito que o código argentino (art. 292.°) já havia estabelecido, quanto aos filhos nascidos antes de passados cento e oitenta dias depois de celebrado o matrimónio.

β) *Motivos.* A respeito dos motivos por que pode ser impugnada a legitimidade, adoptam as legislações dois sistemas, segundo empregam uma fórmula vaga, onde cabem *quaisquer motivos de impossibilidade,* física ou moral, que excluam a paternidade do marido, como fazem o código alemão (art. 1591.°) e o código suiço (art. 254.°), ou indicam taxativamente os motivos, restringindo-os, quer à *impossibilidade física,* como fazem o código espanhol (art. 108.°), o decreto português de 1910 (art. 7.°) e o código brasileiro (art. 340.°, n.° 1.° e 343.°), quer à impossibilidade física e ao adultério da mulher acompanhado de ocultação do parto, como fazem os códigos francês (arts. 312.° e 313.°), italiano (arts. 162.° e 165.°) e argentino (arts. 280.° e 286.°).

E ainda é de notar que algumas das legislações que limitam ou especificam a impossibilidade física, estabelecem restrições quanto à impotência. Assim: o código francês não permite alegar a impotência (artigo 313.°); o código italiano apenas permite alegar a impotência manifesta (artigo 164.°); o código argentino não permite alegar a impotência anterior ao casamento (artigo 286.°); o decreto português de 1910 não permite alegar a velhice como motivo de impotência (artigo 9.°);

(1) *Traité,* I, n.° 1382.

e o código brasileiro só permite alegar a impotência absoluta (artigo 342.°).

γ) *Prazos.* Os prazos estabelecidos pelas legislações para ser proposta a acção de impugnação de legitimidade variam muito. Assim: o código francês estabelece o prazo de um mês, se o pai se encontrar no lugar do nascimento do filho, ou de dois meses depois do seu regresso, estando ausente, ou depois de descoberta a fraude (artigo 316.°); o código argentino estabelece o prazo de dois meses, depois de o marido ter conhecimento do parto (artigo 288.°): os códigos italiano (artigo 166.°) e brasileiro (artigo 178.°, §§ 3.° e 4.°), estabelecem o prazo de dois meses, se o marido estiver presente, ou de três meses, se estiver ausente ou lhe ocultarem o parto; o código suíço estabelece o prazo de três meses (artigos 253.° e 256.°); o código espanhol o prazo de dois, três ou seis meses, segundo o marido estiver presente ou estiver ausente em Espanha ou fora daí (artigo 113.°); e o decreto português estabelece o prazo de quatro meses (artigo 9.°); e o código alemão estabelece o prazo de um ano (artigo 1594.°).

b) *Direito aplicável.* 1.°) *Lei normalmente competente.* As divergências legislativas apontadas põem em relêvo o interesse da determinação da lei aplicável para verificar as condições em que se dá a presunção de legitimidade, quais as pessoas que a podem impugnar, os motivos em que pode basear-se a impugnação, e os prazos em que pode ser proposta a respectiva acção.

A lei normalmente competente para regular todos estes assuntos é da mais fácil determinação. Trata-se, em geral, de uma questão de *estado* das pessoas e, de modo especial, de um *estado de família* e, por isso, a competência normal pertence à *lei pessoal* e, no nosso sistema de regras de conflitos de leis, à *lei nacional* (Código civil, artigos 24.° e 27.°). Se, pois, pai, mãe e filho tiverem a mesma nacionalidade, será a sua lei nacional comum a lei normalmente competente para determinar as condições em que se dá e em que pode ser vindicada e impugnada a legitimidade dos filhos.

2.°) *Conflitos de leis pessoais.* O direito a aplicar para estabelecer, vindicar ou impugnar o estado de filho legítimo já não é tão fácil de determinar quando os pais têm uma nacionalidade diferente da do filho ou quando todos três — pai, mãe e filho — pertencem a países diferentes e têm, por isso, diferente lei pessoal.

Se pai e mãe têm a mesma nacionalidade e é apenas o filho que tem uma nacionalidade diferente, reduz-se o conflito de leis pessoais ao caso geral, que já considerámos noutro lugar (1), de um conflito relativo à constituïção de um *estado relativo*, devendo a existência, a vindicação e a impugnação da legitimidade considerar-se dependentes do seu reconhecimento pelas duas leis em conflito. Isto é, torna-se necessário que as duas leis coincidam ou que se verifiquem relativamente a cada uma das partes as condições exigidas pela sua própria lei.

Mas se o pai e a mãe tiverem também diferente nacionalidade, deverá atender-se apenas à lei do pai, ou também deverá ter-se em conta a lei nacional da mãe?

Cremos que deverá atender-se apenas à lei do pai, por duas razões: 1.°) porque é a atribuïção da paternidade a um determinado indivíduo que está em discussão; 2.°) porque o pai representa os interesses da família legítima, sendo, por isso, a sua lei aquela que deve contrapor-se à lei do filho (2).

Os conflitos de leis pessoais que temos considerado são apenas *conflitos de leis pessoais no espaço*. Com estes conflitos podem, porém, conjugar-se *conflitos de leis pessoais no tempo*. Basta supor que o pai ou o filho mudam de nacionalidade entre o momento do nascimento do filho e o momento em que é declarada a legitimidade. Qual será então a lei pessoal competente? Será a do momento do nascimento ou a do momento daquela declaração?

A legitimidade resulta para o filho do simples facto de êle haver nascido ou ter sido concebido na constância do matrimónio, representa, por isso, para êle, um direito adquirido desde o nascimento, embora tal direito seja *declarado* posteriormente, e daí deriva que a lei nacional a que deve atender-se é a lei que o for no momento do nascimento (3).

(1) Vol. I, n.° 136.
(2) Vide: Champcommunal, *Le Conflit des lois personelles*, na *Revue Darras — de Lapradelle*, 1910, pag. 61.
(3) Vide: Weiss, *Traité*, IV, pág. 26; Pillet, *Principes*, n.° 158, nota 1; Despagnet e de Boeck, *Précis*, n.° 270.

3.°) *Leis de ordem pública internacional.* A aplicação de uma lei estranjeira normalmente competente para regular a legitimidade pode ser limitada na sua aplicação pelas leis locais de ordem pública internacional. É o que deve acontecer, quanto aos motivos de impugnação da legitimidade, nos países, como o nosso, onde a lei determina taxativamente as causas que podem basear aquela impugnação.

Essa determinação deve considerar-se de ordem pública, pois a lei que a estabelece é uma lei moral, tendente a evitar processos escandalosos que abalam a honra da mulher ou a dignidade do casamento (1).

Não deverá, porém, considerar-se de ordem pública o prazo dentro do qual pode ser proposta pelo pai ou por seus herdeiros a acção de impugnação de legitimidade.

Como nota Weiss, nessa parte, a lei visa principalmente os interesses individuais, não podendo considerar-se de ordem pública internacional (2). E disso é prova, certamente, a consideração de que, à falta de disposição especial, se deve aplicar ao *prazo* em questão o preceito estabelecido pelo artigo 515.° do Código civil para a *prescrição*, o qual determina que os juízes não podem suprir de ofício a prescrição, não sendo esta invocada pelas partes, o que prova que o legislador não quis atribuir à lei que mede o prazo da prescrição o carácter de lei de ordem pública, visto a sua aplicação ficar dependente da vontade dos interessados.

380 — II — *Legitimação.* a) *Direito comparado.* A legitimação é acto pelo qual os filhos naturais são integral ou parcialmente equiparados aos filhos legítimos.

Segundo o direito dos povos civilizados, esta equiparação pode realizar-se por um de dois meios, ou por *subsqüente matrimónio*, ou por *acto da autoridade*.

As legislações estão, porém, longe da uniformidade, quer quanto ao reconhecimento dos meios de legitimação, quer quanto às condições de que ela depende.

1.°) *Meios de legitimação.* Sob êste ponto de vista, constituem as legislações três tipos característicos. Umas,

(1) Vide: Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, pág. 48; Weiss, *Traité*, IV, pág. 22.
(2) Ob. cit., pág. 23.

como a inglesa, a irlandesa, e a de alguns Estados da União Norte-americana, apenas admitem a legitimação por acto da autoridade (1); outras, como a francesa (código civil, artigo 331.°), a portuguesa (Decreto de 1910, artigo 2.°) e a brasileira (código civil, artigo 353.°), admitem sòmente a legitimação por subseqüente matrimónio; outras finalmente, como a italiana (código civil, artigo 194.°), a espanhola (código civil, artigo 120.°), a alemã (código civil, artigo 1719.° e 1723.°), a suíça (código civil, artigo 258.° e seg.) e a dinamarquesa e norueguesa (2) admitem as duas formas de legitimação.

E é de notar que as legislações que admitem a legitimação por acto da autoridade, ainda oferecem quatro variantes, segundo atribuem competência ao poder legislativo (Inglaterra e Estados da União Norte-americana), ao poder executivo (é a regra), ao poder judicial (Noruega e Suíça), ou ao poder executivo e ao poder judicial (Dinamarca).

2.°) No que respeita às condições da legitimação importa distinguir os dois meios de legitimação, para pôr em relêvo os diferentes sistemas legislativos.

Quanto à legitimação por subsequente matrimónio, as diferenças legislativas respeitam principalmente à *necessidade* e ao *momento* do reconhecimento da filiação pelos pais.

Sob o ponto de vista da relação entre a legitimação e a necessidade do reconhecimento da filiação, seguem as legislações dois sistemas: o sistema da *dispensa do reconhecimento*, adoptado, por exemplo, pela lei alemã, brasileira e suíça (3); e o sistema da *necessidade do reconhecimento*, que é, designadamente, o sistema da lei argentina, espanhola, francesa, italiana e portuguesa (4).

As legislações que exigem o reconhecimento, ainda formam três variantes, segundo exigem o *reconhecimento prévio* ou *simultâneo* do casamento (legislação francesa), ou o *reconhecimento prévio, simultâneo* ou *posterior*, como é regra, sendo interessante notar que a lei argentina apenas

(1) Weiss, ob. cit., pág. 73; Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, n.° 187.
(2) Lehr, *Éléments de droi civil scandinave*, n.° 690.
(3) Códigos civis — al., art. 1719.°, bras., art. 353.°, e sui., art. 258 e 259.
(4) Códigos civis — arg., art. 351.°, esp., art. 121.°, fr., art. 331.°, e it., art. 197.°; dec. port. 1910, art. 3.°, n.° 1.°.

permite o reconhecimento posterior no prazo de dois meses depois do casamento.

Quanto à legitimação por acto da autoridade, as legislações divergem sob o ponto de vista: da *possibilidade do casamento* entre os pais; da *legitimidade* para a requerer; da necessidade do *consentimento* do filho, da *existência de filhos legítimos ou legitimados por subseqüente matrimónio* ou de descendentes dêstes, e da *transmissão do direito de pedir a legitimação* (1).

Como se trata, porém, de uma forma de legitimação desconhecida da lei portuguesa, omitimos quaisquer referências de direito comparado, que seria de menos interesse prático.

b) *Direito aplicável.* As indicações de direito comparado que fizemos mostram que, na coordenação da lei portuguesa com as leis estranjeiras, podem aparecer duas questões: 1.°) se poderá ter lugar em Portugal a legitimação por declaração da autoridade, sendo certo que o direito português não admite essa forma de legitimação; 2.°) qual a lei normalmente competente para regular as condições da legitimação por subseqüente matrimónio?

1.°) Em Portugal não é admitida a legitimação por acto da autoridade e, por isso, não há lei que a regule. Não se trata, pois, de um conflito de leis, mas rigorosamente de um *conflito de instituïções*. Sendo assim, e em harmonia com o que foi dito em outro lugar (2), não poderá verificar-se em Portugal a legitimação por acto da autoridade. Ás razões gerais que então apresentámos acrescem, quanto à legitimação, estas duas: α) A legitimação por acto da autoridade não pode ser regulada pela lei portuguesa, porque não existe lei portuguesa sôbre o assunto, e também não pode ser regulada por qualquer lei estranjeira declarada competente pelas normas de conflitos de leis estabelecidas pelo direito português, porque estas normas foram formuladas em face do *quadro legislativo* constituído pelas instituïções do direito privado português, nesse quadro não se encontra aquela forma de legitimação e, por isso, deve entender-se que o legislador a

(1) Weiss, *Traité*, IV, pág. 76 e seg.
(2) L. I, n.° 179.

não compreendeu no sistema que estabeleceu das regras de conflitos de leis; β) a legitimação por acto da autoridade supõe a competência de uma autoridade para a realizar, e isso torna tal forma de legitimação impossível em Portugal, por não haver autoridade competente para a realizar.

2.°) A legitimação por subseqüente matrimónio é admitida pelo direito português, respeita ao estado das pessoas, pois tem por fim definir *um estado de família* e, por isso, não pode haver dúvida de que é regida normalmente pela lei nacional dos interessados (Código civil, artigos 24.° e 27.°). Essa lei determinará, pois, as condições de que depende a legitimação, indicando, designadamente, se é necessário o reconhecimento dos pais e, sendo-o, qual o momento em que deve ser prestado.

Em princípio, é, pois, simples a determinação do direito aplicável à legitimação por subseqüente matrimónio.

A concretização do princípio pode, porém, levantar dificuldades, ou por se dar um conflito de leis pessoais, ou por lhe vir ao encontro a acção inibitória das leis de ordem pública internacional.

α) *Conflito de leis pessoais.* Êste conflito pode dar-se nos dois casos de o pai, a mãe e o filho terem diferente nacionalidade, ou de o pai e mãe pertencerem a um país e o filho pertencer a outro país.

O primeiro caso reduz-se, porém, ao segundo. A lei nacional da mãe, assim como não conta para decidir a questão da legitimidade, assim também não deve contar para decidir da legitimação. A razão é simples. É o marido quem representa os interesses da família legítima e, por isso, é a sua lei, e não a da mulher, aquela que importa considerar para verificar se é ou não possível a legitimação.

E, reduzidos assim os dois casos de conflitos de leis pessoais ao caso de pai e filho terem diferente nacionalidade, a solução do conflito tem de ser dada pelo princípio, que noutro lugar formulámos e procurámos demonstrar, da aplicação cumulativa da lei do pai e da lei do filho, sendo a legitimação apenas possível no caso em que as duas leis a admitam, verificando-se relativamente ao pai e ao filho as condições exigidas pela sua lei nacional respectiva.

β) *Leis de ordem pública internacional.* A aplicação

da lei normalmente competente pode ser limitada pelas leis portuguesas de ordem pública internacional. Assim, não poderia ser aplicada em Portugal uma lei estranjeira que permitisse a legitimação de um filho de parentes por consangüinidade ou por afinidade em qualquer grau da linha recta, pela mesma razão por que não poderia admitir-se o casamento entre êles. É uma manifestação da *acção proibitiva* das leis de ordem pública.

Mas poderão as leis de ordem pública exercer também, em matéria de legitimação, a sua *acção permissiva?*

A jurisprudência francesa tem por vezes decidido que o casamento de ingleses em França legitima os filhos dos cônjuges nascidos anteriormente ao casamento, embora a lei inglesa não admita a legitimação por subseqüente matrimónio. Esta jurisprudência tem, porém, sido vivamente impugnada pela doutrina e, a nosso ver, com razão, pois o regime do ingresso dos filhos naturais no seio da família legítima refere-se antes à organização interna da família do que a um interesse social que deva ser defendido por uma lei de ordem pública internacional, aplicável tanto a nacionais como a estranjeiros (1).

Mas, em vez de um simples conflito de leis no espaço, também pode dar-se aqui um conflito de leis no tempo, por o pai ou o filho haverem mudado de nacionalidade entre o momento do casamento do pai e o momento da naturalização. A qual das leis deverá atender-se? À lei nacional do tempo do casamento ou à lei nacional do tempo da legitimação?

A solução desta questão depende de a legitimação representar ou não um direito adquirido, ao tempo da mudança de nacionalidade. É assim, se o casamento só de per si representava, segundo a primitiva lei nacional, um meio de legitimação, não sendo necessário o reconhecimento pelos pais, como acontece, por exemplo, em face da lei brasileira (código civil, artigo 353.°), havia evidentemente um direito adquirido e, por isso, a lei a aplicar é a lei nacional do momento do casamento. Se, porém, além do casamento, era necessário o reconhecimento dos pais, êste podia ser posterior ao casamento e se não deu antes da mudança de

(1) Vide Weiss, ob. cit., pág. 93.

nacionalidade, não existia ainda um direito adquirido e, por isso, deve considerar-se competente a nova lei nacional, pela razão de que, quando se sucedem duas leis de direito interno, a nova lei deve aplicar-se às situações jurídicas que ainda se não constituíram em situações jurídicas subjectivas (1).

c) *Efeitos da legitimação realizada em país estranjeiro.* A legitimação pode realizar-se em país estranjeiro tanto por subseqüente matrimónio como por acto da autoridade. Quanto à primeira, nada há que acrescentar ao que, em geral, foi dito acêrca do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, quer mediante um simples acto jurídico, quer mediante sentença de um tribunal estranjeiro. Se proceder de simples acto jurídico, isto é, do casamento dos pais acompanhado ou não de reconhecimento, apenas haverá que se observar a lei normalmente competente para a regular, segundo as regras de conflitos de leis aceitos pelo direito português. Se a legitimação tiver sido declarada por sentença de um tribunal estranjeiro, não produzirá esta efeitos sem ser revista e confirmada pela Relação competente, mas a Relação não poderá investigar se foi ou não aplicada a lei competente, a não ser que o pai ou o filho sejam de nacionalidade portuguesa (Código de processo civil, artigo 1088.°, § 1.°, n.° 6.°) (2).

A legitimação por acto da autoridade suscita, porém, uma questão melindrosa, qual é a de saber se essa forma de legitimação deverá produzir efeitos em Portugal, quando realizada em país estranjeiro. É nosso parecer que a legitimação deve produzir efeitos em Portugal, não pròpriamente como legitimação, visto o nosso direito desconhecer semelhante forma de a realizar, mas como uma forma de reconhecimento dos filhos naturais, para o efeito de estabelecer relações jurídicas entre êles e os pais, reconhecimento que o nosso direito admite em termos muito amplos (Decreto n.° 2 de 25 de dezembro de 1910, artigo 22.° e seg.). Esta solução é recíproca à dada pelos tribunais ingleses a respeito da legitimação por subseqüente matrimónio. O direito inglês não admite esta forma de

(1) Vide Weiss, ob. cit., pág. 92.
(2) L. 1, n.os 186 e seg.

legitimação, mas os tribunais ingleses reconhecem-na quando admitida pela lei do domicílio do pai ao tempo do casamento e ao tempo do nascimento do filho (1).

E, uma vez qualificada como uma forma de reconhecimento, será competente para determinar os efeitos da legitimação a lei que deva considerar-se aplicável à determinação dos efeitos da perfilhação voluntária, de que adiante falaremos (2).

381 — III — *Perfilhação.* a) *Direito comparado.* É matéria das maiores divergências legislativas o capítulo do direito civil relativo aos filhos ilegítimos, sendo, por isso, muito freqüentes e muito melindrosos os conflitos de leis sôbre essa matéria. Esboçaremos os principais sistemas seguidos pelas legislações, para melhor se ver o alcance dos seus conflitos e se poder determinar o sentido em que devem ser resolvidos.

1.°) Em primeiro lugar, podem as legislações ser consideradas sob um ponto de vista geral e tendo apenas em consideração a posição do filho ilegítimo em face da família. Encaradas sob êste aspecto, seguem as legislações três sistemas característicos: da *ausência de perfilhação,* segundo o qual o filho natural não tem nenhum laço de parentesco nem com o pai nem com a mãe, sendo um *filius nullius,* ao qual a lei concede, quando muito, direito a alimentos contra seus pais e a esperança de ser legitimado ou adoptado; da *filiação unilateral materna,* segundo o qual o filho natural tem relativamente à mãe e, por vezes, aos parentes maternos, uma situação semelhante à do filho legítimo, não tendo, porém, nenhum laço de família nem com o pai nem com os seus parentes e podendo apenas exigir do pai uma pensão alimentícia; e da *filiação bilateral,* que admite laços de família entre o filho e qualquer dos pais, desde que a filiação seja estabelecida, quer pelo reconhecimento voluntário, quer pela investigação da maternidade ou da paternidade (3).

(1) Vide: Westlake, ob. cit., pág. 128 e 129; Dicey, ob. cit., pág. 479 e seg.
(2) L. I, n.° 152.
(3) Vide: Dr. Paulo Merea, *Condição jurídica dos filhos ilegítimos,* no *Boletim da Faculdade de Direito* da Universidade de Coimbra, ano II, pág. 401.

O primeiro sistema é seguido pela Inglaterra e por alguns Estados da União Norte-americana onde vigora a *common law.* Nesses países, o reconhecimento voluntário ou judicial da maternidade ou da paternidade apenas confere ao filho direito a uma pensão alimentícia, a qual é, em relação ao pai, extremamente exígua (1).

O segundo sistema deriva do direito romano (2), tem hoje a sua representação típica no código alemão (art. 1705.° a 1718.°) e é, fundamentalmente, o sistema do direito austríaco (3), escandinavo (4), grego (5), rumeno (6), russo (7) e de muitos Estados norte-americanos (8).

O terceiro sistema, finalmente, foi estabelecido pelo código civil francês (artigo 334.° e seg. e 756.° e seg.), donde passou para a legislação de grande número de Estados, sendo, designadamente, o sistema informador do direito argentino, brasileiro, espanhol, holandês, italiano, português e suíço (9).

2.°) Em segundo lugar, podem as legislações classificar-se sob o ponto de vista do *meio de constituição da filiação,* importando, no interesse da clareza, considerar separadamente a filiação materna e a filiação paterna.

α) *Filiação materna.* Adoptam as legislações dois sistemas característicos: o sistema do *nascimento* e o sistema do *reconhecimento.*

Em harmonia com o primeiro sistema, seguido pelo direito alemão, austríaco, brasileiro, russo e suíço, o filho natural adquire direito à filiação materna pelo simples facto do nascimento, provando-se a filiação pelo registo do nascimento. O sistema oferece, porém, duas cambiantes: a do direito austríaco, alemão e suíço, que torna obrigatória a

(1) Vide: Lehr, *Éléments de droit civil anglais,* I, n.os 203 e seg.; Dr. Paulo Merea, *Boletim* cit., pág. 407.
(2) Dr. Paulo Merea, *Boletim* cit., pág. 404.
(3) Código civil, artigo 163.°.
(4) Lehr, *Droit civil scandinave,* pág. 330 e seg.
(5) *Clunet,* 1912, pág. 731.
(6) Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumani,* pág. 168.
(7) Lei de 15 de junho de 1902.
(8) *Cyclopedia,* tomo V, pág. 641.
(9) Códigos civis — argentino, art. 458.° e seg.; brasileiro, art. 355.°; espanhol, art. 129.° e seg.; holandês, art. 335; italiano, art. 179.° e seg.; e suíço, art. 302.° e seg.; decreto português de 1910, artigo 22.° e seg.

indicação no registo do nascimento do nome da mãe, e a do direito brasileiro, onde essa indicação é facultativa e que, por isso, admite o reconhecimento voluntário ou judicial (1).

O sistema do *reconhecimento* torna a filiação materna dependente de o filho ser voluntàriamente reconhecido pela mãe ou de a mesma filiação ser declarada por sentença em acção de investigação de maternidade. É, em regra, o sistema das legislações que adoptam o princípio da filiação bilateral e, designadamente, do direito francês, espanhol, italiano e português (2). Importa, porém, notar que a coincidência não é completa, pois que as legislações brasileira e suíça admitem o sistema da filiação bilateral e, ao mesmo tempo, o sistema do nascimento, ao passo que a legislação grega, admitindo o sistema da filiação unilateral, segue o sistema do nascimento (3).

2.º) *Filiação paterna.* A filiação legítima paterna apenas pode constituir-se pelos dois meios do *reconhecimento voluntário* e da *investigação da paternidade.* Nem todas as legislações reconhecem, porém, estes dois meios de constituïção da filiação paterna ou os reconhecem de modo igual.

Assim: o direito grego e o direito rumeno não admitem o reconhecimento voluntário (4); em geral, os Estados que seguem o sistema da ausência de filiação ou da filiação materna, admitem o reconhecimento voluntário, mas apenas lhe atribuem o efeito de dar ao filho o direito a alimentos (5), sendo de notar que, no direito alemão, tal reconhecimento apenas tem como conseqüência inibir o pai de, na acção de investigação, deduzir a *exceptio plurium*, isto é, a defesa de que a mãe coabitou com outro homem na época da concepção (código civil, artigo 1718.º), e os Estados que seguem o sistema da filiação bilateral, admitem abertamente o reconhecimento como meio de estabelecer a filiação (6); e a investigação da paternidade, amplamente admitida pelos Estados da ausência de filiação ou da filiação materna, é muito desigualmente tratada pelas legislações que seguem o sistema da filiação bilateral, indo da maior resritção à mais livre permissão (1).

(1) Códigos civis — aust., art. 163.º, bras., art. 356.º e seg., e suiço, art. 302.º; Lei alemã de 6 de fevereiro de 1875, art. 15.º; Lei russa de 16 de junho de 1902, art. 132.º; Ordenança suiça de 25 de fevereiro de 1910, art. 57.º

(2) Códigos civis — fr., art. 334.º e 341.º, esp., art. 129.º e 136.º, e it., art. 179.º e 190.º; Dec. port. de 1910, art. 22.º a 27.º e 35.º.

(3) Vide. Dr. Paulo Merea, *Boletim* cit., ano III, pág. 1 e seg.

(4) Dr. Merea, *Boletim* cit., ano III, pág. 8.

(5) Dr. Merea, *Boletim* cit., lug. cit.

(6) Dr. Merea, *Boletim* cit., lug. cit.

3.º) Em terceiro lugar, é interessante comparar as legislações sob o ponto de vista da *organização* dos dois meios de constituir a filiação — o reconhecimento e a investigação da maternidade ou da paternidade, dada a variedade dos seus preceitos sôbre o assunto.

a) *Reconhecimento.* Acompanhando o Dr. Paulo Merea, no seu belo estudo sôbre a *condição jurídica dos filhos ilegítimos* no direito comparado, que muitas vezes temos já citado, consideraremos o reconhecimento no *poder* de o realizar, na *capacidade* para isso necessária, no *consentimento do reconhecido*, no *meio* de o realizar e na possibilidade de o *revogar*.

Quanto ao *poder de reconhecer*, isto é, quanto à *capacidade de gôzo* do direito de fazer o reconhecimento, é direito comum que êsse poder pertence apenas aos pais e, quanto às legislações que o conferem a ambos os pais, que são todas, segundo crêmos, à excepção da grega e da rumena, que o negam ao pai, também é direito comum que os pais o podem fazer separada ou conjuntamente (2).

Quanto à *capacidade de exercício* do direito de reconhecer, as legislações ora nada dizem, devendo então entender-se que aplicam as regras gerais relativas à capacidade de exercício de direitos, ora estabelecem regras especiais, como acontece no México, onde o pai pode perfilhar aos 15 anos e a mãe ao 13 (Código civil, artigo 336.º).

Quanto ao *consentimento do filho*, formam as legislações três grupos. Umas, como a argentina, francesa, italiana e suíça, não exigem *nunca* o consentimento do filho (3); outras, como a brasileira, espanhola e portuguesa, exigem-no

(1) Dr. Merea, *Boletim* cit., pág. 7.

(2) Códigos civis — argentino, artigo 332.º; brasileiro, artigo 355.º; espanhol, artigo 129.º; francês, artigos 334.º e 336.º; italiano, artigo 179.º; decreto port., artigo 23.º.

(3) Dr. Merea, *Boletim*, IV, pág. 84.

quando é o filho maior (1); outras, como a chilena e a mexicana, exigem *sempre* a aceitação do reconhecimento, devendo aceitar pelo filho menor, o seu representante, ou um curador especial (2).

Quanto ao *meio* por que é feito o reconhecimento, pode realizar-se no *registo do nascimento*, por *acto entre vivos* ou em *acto de última vontade*. Em geral, as legislações concordam neste ponto. Contudo, aparecem divergências quanto à *espécie* do acto entre vivos ou de última vontade necessário ou suficiente para fazer o reconhecimento. Assim, emquanto o direito português, por exemplo, exige, sem possibilidade de dúvida (Decreto de 1910, artigo 24.°), que o reconhecimento por acto entre vivos seja sempre feito por escritura ou auto público, a jurisprudência francesa e belga é unânime em decidir que, no caso de o pai perfilhante haver declarado o nome da mãe, não precisa esta, para fazer o reconhecimento, de recorrer à forma autêntica (3); e, emquanto o direito francês, segundo a interpretação corrente, limita ao testamento público o reconhecimento por acto de última vontade (4), o direito de outros países, como a Argentina, Brasil, Portugal e a Suíça (5), consideram, em geral, o testamento como meio legítimo de fazer o reconhecimento.

Quanto à *revogabilidade do reconhecimento*, é direito universal que o reconhecimento feito por acto entre vivos é irrevogável. Quanto ao feito por acto de última vontade, seguem, porêm, as legislações duas correntes, decidindo-se umas, como a espanhola e a portuguesa, pela irrevogabilidade (6), e decidindo-se outras, como a argentina (7), pela revogabilidade.

β) — *Investigação da maternidade ou da paternidade.* As legislações não coincidem na amplitude que atribuem à

(1) Códigos civis — brasileiro, artigo 362.°, e espanhol, artigo 133.°; decreto port., artigo 28.°.
(2) Código civil chileno, artigos 209.° a 212.° e 273.°; código mexicano, artigo 350.°.
(3) Vide Planiol, ob. cit., n.° 1475.
(4) Capitant e Colin, *Cours de droit civil*, I, pág. 283.
(5) Códigos civis — argentino, artigo 367.°; brasileiro, artigo 357.°; e suiço, artigo 303; decreto port. 1910, artigos 24.° e 25.°.
(6) Código civil espanhol, artigo 741.°; Decreto port. 1910, artigo 24.°.
(7) Código civil argentino, artigo 367.

investigação da maternidade e à investigação da paternidade ilegítima e, por isso, considerá-las hemos separadamente.

As legislações que não estabelecem de modo imperativo que o nome da mãe deve constar do registo do nascimento, e, por isso mesmo, regulam o reconhecimento voluntário, admitem, como substitutivo dêste, a investigação da maternidade. Estas legislações podem, porém, *graduar-se* entre um máximo e um mínimo, segundo a facilidade que estabelecem para a investigação.

No máximo estão, por exemplo, as legislações portuguesa e argentina, que dispõem que a investigação da maternidade *é sempre permitida*, apenas com o limite dos casos em que os filhos não podem ser perfilhados, que, no direito português, são os casos de incesto e de adultério durante a constância do matrimónio do pai adúltero e, no argentino, são os casos de o filho ser incestuoso, adulterino, ou sacrílego (1).

No mínimo estão, por exemplo, a legislação francesa e a legislação italiana, que, declarando, em princípio, que é permitida a investigação da maternidade, logo acrescentam que o filho deve provar que é idênticamente o mesmo que foi havido por sua mãe e acrescentam que o filho não será admitido a produzir a prova testemunhal senão quando houver já um começo de prova por escrito ou (o italiano) que as presunções e os indícios resultantes de factos já certos sejam bastante graves para determinar a sua admissão (2).

Entre o máximo e o mínimo, encontra-se, por exemplo, a legislação espanhola, a qual admite a investigação da maternidade nos casos de haver escrito em que expressamente seja reconhecida a maternidade, de posse de estado, de violação, estupro ou rapto, coincidindo a época da concepção com a daqueles factos, e de se provar devidamente o facto do parto e a identidade do filho (3).

Quanto à *investigação da paternidade ilegítima*, também as legislações constituem uma *escala*, que vai da negação absoluta da acção de investigação até à sua ampla permissão.

(1) Código civil argentino, artigos 359.°, 360.° e 375.°; decreto port., 1910, artigos 35.° e 36.°.
(2) Código civil francês, artigo 341.°, e código civil italiano, artigo 191.°.
(3) Código civil, artigo 136.°.

No ponto de partida, está a Grécia e estava a Rússia antes da guerra, proïbindo a investigação da paternidade (1).

A seguir vêm as legislações que permitem a investigação, mas a restringem a um só caso ou a um pequeno número de casos. Neste grau da escala, estão, em primeiro lugar, a legislação do Luxemburgo, da Polónia e da Ruménia, que só permitem a investigação no caso de rapto, e a da Suécia, que a reconhece no caso de violação. Em segundo lugar, podem indicar-se a legislação italiana, que admite dois casos de investigação — o rapto e o estupro, e a legislação espanhola, que acrescenta os casos de confissão por escrito, posse de estado e violação.

Num grau mais elevado, aparecem as legislações que, como a francesa e a portuguesa, aumentam consideràvelmente o número de casos de investigação, sem contudo a permitir em qualquer hipótese.

No vértice da escala, ficam, finalmente as legislações que permitem a investigação sem restricções, como, em geral, acontece nos países que seguem o sistema da ausência de filiação ou da filiação materna (2), ou estabelecem fórmulas tão amplas que quási equivalem à sua admissão em todos os casos, como fazem, por exemplo, o código civil brasileiro, que, além dos casos de concubinato ao tempo da concepção, de confissão por escrito e de rapto, admite a fórmula larga — «se a concepção do filho coincidir com relações sexuais do pai com a mãe» (artigo 363.°), e o código civil suíço, que preceitua que a paternidade se presume quando se provar que o réu coabitou com a mãe do pretenso filho no período dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento (artigo 314.°).

A pàr com esta diversidade de amplitude com que é admitida a acção de investigação da maternidade e da paternidade ilegítima, ainda há nas legislações duas ordens de divergências que importa sinalar, relativa uma ao *carácter* das relações que por ela se estabelecem entre os pais e os filhos, e respeitante a outra ao *efeito* derivado da procedência da acção.

(1) Dr. P. Merea, *Boletim*, IV, pág. 501.
(2) Supra, pág. 634.

Quanto ao *caracter* das relações entre pais e filhos, o direito da maior parte dos países segue o sistema de que tais relações são *relações de família* e de que, portanto, se integram no *direito de família.*

Contudo, o direito de alguns Estados da União Norte-americana, como êle se revela nos julgados dos tribunais, orienta-se por uma velha doutrina, segundo a qual as relações entre um filho natural e o pai resultam de um *quási delito* e, portanto, o assento legal dos direitos dos filhos será, segundo tal conceito, no *direito das obrigações*.(1).

Quanto ao *efeito*, constituem as legislações os seguintes tipos:

Primo — Da procedência da acção resulta apenas o *direito a alimentos*, tanto em relação ao pai, como em relação à mãe. É o *tipo inglês*, ou da *ausência de filiação.*

Secundo — Da procedência da acção de investigação de maternidade resulta a constituïção do *estado de filho*, mas da procedência da acção de investigação de paternidade resulta apenas o *direito a alimentos.* É o *tipo germânico*, ou da *filiação unilateral.*

Tertio — Da procedência da acção resulta sempre a constituïção do *estado de filho.* É o *tipo latino*, como êle aparece no direito francês, argentino, brasileiro e português.

Quarto — Da procedência da acção de investigação de paternidade resulta, ora a constituïção do *estado de filho*, ora o *direito a alimentos.* É o *tipo mixto*, que se encontra no direito belga, no direito italiano e no direito suíço. No direito belga (2), tem lugar a *acção de estado* nos casos de rapto ou estupro, e de posse de estado; no direito italiano, nos casos de rapto e de estupro violento (3); e no direito suíço, nos casos de coabitação criminosa, abuso de autoridade e promessa de casamento (4). A acção de alimentos é reconhecida: no direito belga, nos casos de confissão por escrito, concubinato, atentado ao pudor sem violência, e sedução qualificada; no direito italiano, nos casos de reconhecimento

(1) *Cyclopedia*, tomo V, v.° *bastards*, pág. 644 e seguintes; Von Bar, ob. cit., § 204.
(2) Lei de 6 de abril de 1908.
(3) Código civil, artigo 189.°.
(4) Código civil, artigo 323.°.

da maternidade ou paternidade em sentença civil ou penal, de nulidade do matrimónio ou de declaração escrita; e no direito suíço, nos casos em que se prove a coabitação no período da concepção (1).

b) *Direito aplicável.* Conhecidas as mais importantes diferenças legislativas acêrca da constituïção das relações jurídicas entre os filhos naturais e seus pais, segue-se estudar a determinação do direito aplicável no caso de conflito de leis, isto é, na hipótese de determinada relação jurídica se encontrar em contacto com leis de diferentes países.

Começaremos por determinar o direito aplicável para fixar a natureza daquelas relações e procuraremos, depois, estabelecer as linhas gerais do regime jurídico internacional dos meios de constituïção das mesmas relações.

1.°) *Natureza das relações jurídicas entre pais e filhos.* Como vimos, as legislações *qualificam* de dois modos diferentes as relações jurídicas entre pais e filhos naturais, considerando-as umas como *relações de família* e considerando-as outras como *relações de obrigação.* Estamos assim, mais uma vez, diante de um conflito de qualificações, o qual deve ser resolvido, como procurámos demonstrar (2), no sentido de se adoptar a qualificação da *lex fori,* aplicando à relação jurídica que o provoca a lei que for competente, segundo a mesma *lex fori,* para regular essa relação jurídica como ela a qualifica. Assim, segundo o direito português, as relações entre pais e filhos naturais são relações de família e, por isso, a lei normalmente competente para as regular é a lei pessoal dos interessados, que é a lei competente para regular as relações de família.

2.°) *Meios de constituir a filiação ilegítima.* Do estudo comparativo das legislações resulta que a filiação ilegítima materna pode constituir-se pelo *nascimento,* pelo *reconhecimento voluntário,* e pelo *reconhecimento judicial,* e que a filiação ilegítima paterna pode ser constituída pelo reconhecimento voluntário e pelo reconhecimento judicial.

α) *Nascimento.* Segundo o direito alemão, brasileiro e suíço (3), o filho natural adquire direito à filiação materna

(1) Dr. Merea, *Boletim* cit., IV, pág. 492 e seg.
(2) L. I, n.°s 150 a 152.
(3) Supra, pág. 635.

pelo simples facto do nascimento, provando-se a filiação pelo registo do mesmo nascimento. E, na lógica do seu sistema, o direito alemão e o direito suíço tornam obrigatória a indicação do nome da mãe no registo do nascimento.

Contudo, a maioria das legislações que admitem a filiação ilegítima materna, não a fazem derivar do simples nascimento, exigindo o reconhecimento, e até proïbindo, como faz a legislação portuguesa, a declaração da maternidade no registo do nascimento (1).

Desta divergência legislativa resulta uma série de conflitos de leis, nem sempre de fácil solução.

Um primeiro conflito, e é o mais simples, aparecerá quando no nosso país, cuja lei exige o reconhecimento, se discutir a filiação ilegítima materna de um indivíduo pertencente, bem como sua mãe, a um país, por exemplo a Suíça, cuja lei segue o sistema do nascimento, na hipótese de o nascimento se ter verificado na Suíça, no registo ter sido indicado o nome da mãe, e de tanto a mãe como o filho terem a nacionalidade suiça. Em tal hipótese, a solução é simples. Trata-se do *estado* de um estranjeiro, a lei reguladora do estado dos estranjeiros é a lei do seu país (Código civil, art. 27.°) e, portanto, a lei normalmente competente é a lei suíça. Nem a lei portuguesa poderá impor-se, como lei de ordem pública, pois o nosso direito reconhece a filiação ilegítima, e a necessidade do reconhecimento é estabelecida simplesmente no interesse dos pais, visto que êles podem fazer livremente o reconhecimento, respeitadas as restrições derivadas do incesto e do adultério (2).

O conflito pode, porém, revestir aspectos mais delicados. Suponhámos ou que mãe e filho têm diferente nacionalidade, pertencendo um a um país de sistema do nascimento e outro a um país de sistema do reconhecimento, como se um é português e o outro é suíço, ou que, tendo sido ambos de uma nacionalidade comum, um deles mudou de nacionalidade.

Na primeira hipótese, dá-se um conflito de leis pessoais, que, em harmonia com o sistema que adoptámos noutro lugar, resolveremos no sentido da aplicação cumulativa da lei da

(1) Código do registo civil, art. 160.°.
(2) Weiss, *Traité,* IV, pág. 50.

mãe e da lei do filho, doutrina, porém, muito discutida, como tivemos ocasião de notar (1).

Se mãe e filho tiveram uma nacionalidade comum e a sua primitiva lei nacional seguia o sistema do nascimento, parece-nos que a filiação constitui para o filho um direito adquirido, nenhuma influência tendo o facto de um deles adquirir mais tarde a nacionalidade de um país de sistema de reconhecimento.

E na hipótese inversa de a primitiva lei comum exigir o reconhecimento e a actual lei nacional de um ou ambos seguir o sistema do nascimento? Se só um tiver mudado de nacionalidade, estamos caídos na hipótese geral do conflito de leis pessoais. Se ambos mudaram de nacionalidade, a sua nova lei nacional é menos exigente que a antiga e, por isso, deverá entender-se que a mudança de nacionalidade atribuiu ao nascimento um efeito que êle não tinha, existindo, desde o momento da mudança, um direito adquirido à filiação.

Um nôvo aspecto ainda pode assumir o conflito. Suponhámos que o filho ilegítimo nasce em Portugal e que a mãe é suíça ou brasileira. Pergunta-se naturalmente se o oficial português do registo civil *deverá,* como prescreve a lei suíça, ou *poderá,* como permite a lei brasileira, indicar no registo o nome da mãe, ou estará inibido de fazer essa indicação, visto a lei portuguesa a proïbir, fora do caso em que a mãe, por si ou por legítimo procurador, com poderes especiais, fizer e assinar a declaração de maternidade? É certamente êste o ponto mais delicado. Emitindo o nosso parecer, entendemos que o oficial do registo está inibido de fazer a declaração, por isso que o filho é considerado português (Código civil, artigo 18.º, n.º 2.º), a lei portuguesa não permite a mesma declaração, e esta, em harmonia com a doutrina que temos sustentado, apenas poderia considerar-se legítima quando admitida simultâneamente pela lei nacional da mãe e pela lei nacional do filho.

β) *Reconhecimento voluntário.* O reconhecimento voluntário é um acto jurídico, unilateral ou bilateral, segundo as legislações, dependendo, por isso, a sua eficácia de condi-

(1) L. I, n.ºs 132 e seg.

ções de *validade intrínseca* e de condições de *validade extrínseca.*

α') *Validade intrínseca.* A validade intrínseca refere-se às três condições *capacidade, vontade* e *objecto juridicamente possível.* Como a respeito de qualquer outro acto jurídico, a *capacidade* pode ser de *gôzo* ou de *exercício* do poder de perfilhar ou de ser perfilhado.

A capacidade de exercício está sujeita às regras gerais, devendo regulá-la a lei nacional do interessado (1).

A capacidade de gôzo consiste no próprio *direito de perfilhar* e *de ser perfilhado* e, segundo o princípio que estabelecemos acêrca da lei reguladora da capacidade de gôzo de direitos especiais, deve ser regulada pela lei competente para reger o respectivo facto ou relação jurídica (2). Qual será, pois, essa lei?

Trata-se da constituïção de um *estado das pessoas* e, por isso, não pode haver dúvida de que é normalmente competente a lei nacional, forma portuguesa da lei pessoal.

Se pai e filho tiverem a mesma nacionalidade, não há, pois, que discutir: cabe a competência à sua lei nacional comum. Essa lei determinará, portanto, se o filho deve ser simplesmente *natural* ou se pode ser adulterino ou incestuoso, se é necessário o consentimento do filho, etc.

Mas, se pai e filho forem de diferente nacionalidade, qual a lei competente?

São possíveis três soluções: atribuir competência à lei nacional do pai, como sustentam Champcommunal (3), Surville (4) e Valery (5) e como faz o direito suíço (Lei de 25 de junho de 1891, artigo 8.º); atribüi-la à lei nacional do filho, como sustenta Laurent (6) e como faz o projecto polaco (7); atribüi-la cumulativamente à lei nacional do pai e à lei nacional do filho, como sustentam Weiss (8),

(1) Supra, n.º 223.
(2) Supra, n.º 221.
(3) *Revue Darras—de Lapradelle,* 1910, pág. 63.
(4) *Clunet,* 1912, pág. 396.
(5) *Manuel* cit., n.º 806.
(6) Ob. cit., V, pág. 523.
(7) L. I, pág. 457, nota (1).
(8) *Traité,* IV, pág. 45 e seg.

Rolin (1), Dreyfus (2), Despagnet e de Bock (3), e Anzilotti (4).

Qual a solução juridicamente rigorosa?

O reconhecimento voluntário, do mesmo modo que o reconhecimento judicial, tem por efeito a constituïção de um *estado relativo,* por isso que, ao mesmo tempo que atribui a um indivíduo a *qualidade de pai,* atribui a outro a *qualidade de filho.* Sendo assim, só é lógica a solução que atende simultâneamente à lei nacional do pai e à lei nacional do filho, pela simples e decisiva razão de que não pode atribuir-se a uma pessoa um estado em condições em que a sua lei nacional, que é a lei reguladora do seu estado, não reconhece aquele estado (5).

A lei competente para regular o gôzo do direito de perfilhar e de ser perfilhado ainda regula os *meios* por que pode ser feita a perfilhação.

Assim, essa lei decidirá se a perfilhação pode ser feita tanto por *acto entre vivos* como em *testamento,* ou se apenas o pode ser por acto entre vivos. Como é bem de ver, não se trata ainda da forma do acto de reconhecimento, mas de uma *condição* do mesmo reconhecimento, e, por isso, não deve aplicar-se a lei reguladora da forma, ou seja, no sistema da nossa lei, o princípio *locus regit actum,* mas a lei competente para reger o gôzo do direito de perfilhar ou de ser perfilhado, que é a lei pessoal (6).

Ainda a mesma lei regulará a *vontade suficiente* e o *objecto possível,* para que o acto da perfilhação seja juridicamente eficaz. Quanto à *vontade,* tem inteira aplicação o que acima dissemos, ao estudar o regime jurídico internacional geral dos actos de vontade tendentes à constituïção de um estado. Deve regê-la a lei que determina as condições em que o estado pode ser constituído (7).

Quanto ao *objecto,* é muito simples a demonstração.

(1) Rolin, ob. cit., II, n.º 616.
(2) Ob. cit., pág. 252.
(3) Ob. cit., n.º 272.
(4) *Rivista di diritto internazionale,* 1907, pág. 116 e seg.
(5) L. I, n.º 136.
(6) Vide: Pillet, *Principes,* n.ºs 270 e 271; Diena, ob. cit., pág. 375; supra, pág. 234.
(7) Supra, n.º 240.

O conteúdo do acto jurídico-perfilhação é a constituïção do estado de filho ilegítimo. O que, por isso, interessa saber, a respeito da perfilhação, é se se trata ou não de um indivíduo *perfilhável.* Ora a qualidade de perfilhável ou não perfilhável é uma condição da perfilhação e, por isso, deve ser determinada pela lei competente para reger o poder de perfilhar e de ser perfilhado.

Neste ponto, porém, a lei normalmente competente pode ser limitada pela lei local nas suas disposições de ordem pública internacional. Como tal se deve considerar a disposição da nossa lei que proíbe a perfilhação dos filhos que, pelo nosso direito, são considerados *incestuosos,* isto é, os filhos de parentes por consangüinidade ou afinidade em qualquer grau da linha recta, e os filhos de parentes por consangüinidade no segundo grau da linha transversal (Decreto n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, artigo 22.º). Semelhante proïbição funda-se numa clara razão de moralidade, que a torna aplicável tanto a nacionais como a estranjeiros (1).

Os *filhos adulterinos* de pais estranjeiros poderão ser perfilhados em Portugal, se a sua perfilhação for permitida pela sua lei nacional, visto que a actual lei portuguesa a consente (Decreto cit., artigo cit.). Contudo, os *limites* estabelecidos pela lei portuguesa à perfilhação dos adulterinos também devem considerar-se de ordem pública internacional, por terem o seu fundamento no interesse público de manter a paz no seio da família legítima, e, por isso, um pai estranjeiro inábil, por virtude de casamento ainda não dissolvido, apenas poderá fazer a perfilhação por *averbamento* ao registo de nascimento, averbamento que se considerará secreto emquanto durar a inabilidade, ou por *testamento cerrado* (Decreto cit., artigo 23.º, § 1.º e 2.º), e o pai hábil não poderá revelar ao oficial do registo o nome da pessoa de quem houve o filho perfilhado (Decreto cit., artigo 27.º).

E de ordem pública internacional se deverá também considerar o § 2.º do artigo 23.º do citado decreto de 1910, que proíbe expressamente a perfilhação de pessoa que figure como filho legítimo de outrem no respectivo registo de nas-

(1) Weiss, *Traité,* IV, pág. 50.

cimento, emquanto a declaração dêsse estado não for cancelada por fôrça de sentença judicial transitada em julgado, pela razão simples de que seria imoral que o mesmo indivíduo pudesse ser considerado, ao mesmo tempo, como filho legítimo e como filho adulterino perfilhado.

β') *Validade formal.* Sob êste ponto de vista, aplica-se inteiramente o princípio geral *locus regit actum.* Uma vez determinados os *meios legítimos* por que pode ser feita a perfilhação, a *forma* dêsses meios é a determinada pela lei do lugar em que a perfilhação for feita. Assim, se tanto a lei nacional do pai como a lei nacional do filho permitirem a perfilhação por *testamento,* o testamento revestirá a forma da lei do lugar em que for feito, embora com a restrição, quanto ao testamento de portugueses em país estranjeiro, de que o testamento deve ser feito por forma autêntica (Código civil, artigo 1961.º).

2.º) *Perfilhação judicial.* Relativamente a esta forma de perfilhação, importa considerar separadamente os conflitos de leis e os conflitos de jurisdições.

α) *Conflitos de leis.* Em princípio, pode estabelecer-se, como segura, a doutrina de que a *admissibilidade* da acção de investigação de maternidade ou de paternidade ilegítima e a *determinação dos casos* em que é permitida a investigação são reguladas pela lei pessoal e, portanto, no nosso sistema, pela lei nacional. Desde que, segundo o nosso direito, as relações entre pais e filhos ilegítimos representam direitos de família, isto é, direitos coordenados com o estado das pessoas, estão submetidas à lei pessoal, que, no direito português, tem a forma de lei nacional.

Se pai e filho tiverem a mesma nacionalidade, rege a sua lei nacional comum. Se tiverem diferente nacionalidade, deverão aplicar-se simultânea e respectivamente a lei nacional do pai e a lei nacional do filho, segundo a doutrina que temos sustentado àcerca da resolução dos conflitos de leis pessoais respeitantes à constituïção de um estado relativo (1).

Sôbre êste ponto, já teve ocasião de pronunciar-se, entre nós, a doutrina e a jurisprudência, sendo propugnados ou aceitos todos os sistemas possíveis sôbre o assunto. Assim:

(1) L. I, n.º 136; supra, pág. 501.

o Barão de Paiva Manso defendeu, na *Gazeta dos tribunais,* n.º 3177, a competência da *lei pessoal do filho,* doutrina adoptada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de janeiro de 1918 (1); o Dr. Joaquim Pais da Silva Júnior e, com êle, a *Revista de legislação e de jurisprudência* (2) e os Drs. Chaves e Castro (3) e Teixeira de Abreu (4) seguiram o sistema da competência da *lei pessoal do pai;* e o Dr. Eduardo da Silva Carvalho, em sentença de 1 de junho de 1914 (5), seguiu o sistema da aplicação cumulativa da lei nacional do pai e da lei nacional do filho.

Em nosso pensar, foi o Dr. Eduardo Carvalho quem seguiu a verdadeira doutrina. Não resolve a nossa lei directamente a questão, mas manda regular o estado das pessoas pela lei nacional e, como o *estado de pai* supõe o *estado de filho,* e vice-versa, parece evidente que não pode ser regulado o estado de pai pela lei do filho, nem o estado de filho pela lei do pai, não sendo, por isso, lógica senão a aplicação cumulativa das duas leis.

A aplicação da lei nacional comum do pai e do filho, ou a aplicação comulativa da lei de um e da lei do outro, pode, porém, ser limitada pelas leis locais de ordem pública internacional.

Esta limitação pode resultar, quer da qualidade dos filhos, quer da restrição dos casos de investigação da maternidade ou da paternidade ilegítima.

E assim é que, entre nós, nunca poderá ter lugar a investigação da maternidade ou paternidade de filhos incestuosos, e a de filhos adulterinos não poderá ter lugar emquanto persistir o casamento de qualquer dos pais (Dec. n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, artigo 36.º). Os preceitos que formulam esta limitação fundam-se num claro motivo de ordem moral, que os torna aplicáveis tanto a nacionais como a estranjeiros.

Relativamente aos casos de investigação da maternidade ou paternidade ilegítima, quando estes casos são taxativa-

(1) *Colecção oficial,* XVIII, pág. 59.
(2) Ano I, n.º 24, pág. 376, e XXVIII, n.º 1289, pág. 72.
(3) Ob. cit., pág. 673, nota 3.
(4) Ob. cit., n.ºs 117 e 118.
(5) *Questões e julgamentos,* pág. 283 e seguintes.

mente especificados pela lei, como entre nós acontece a respeito da investigação da paternidade ilegítima, deve tal especificação considerar-se de ordem pública internacional. A lei que especifica os casos de investigação da maternidade ou da paternidade ilegítima também se funda claramente num motivo de ordem moral, tendente a desviar dos tribunais processos escandalosos, e num motivo de ordem política, tendente a evitar a desorganização da família legítima, o que lhe atribui indiscutìvelmente o carácter de uma lei de ordem pública internacional (1).

3 — *Conflitos de jurisdições.* Não havendo regras de direito internacional consuetudinário ou convencional, de carácter geral, que regulem a competência internacional quanto às acções de investigação de maternidade ou paternidade ilegítima, é essa competência regulada pelos tratados ou leis especiais de cada Estado. Nas relações de Portugal com as potências, não há tratado algum que regule a questão e, por isso, é esta regulada pela lei portuguesa interna. E, como esta não torna da exclusiva competência dos tribunais do país a que o indivíduo pertence as acções relativas ao seu estado, vem o corolário de que podem ser julgadas por tribunais estranjeiros acções sôbre o estado de cidadãos portugueses, e pelos tribunais portugueses acções sôbre o estado de estranjeiros, desde que se verifiquem os elementos determinativos de competência estabelecidos pela lei portuguesa.

Quanto às acções de investigação de paternidade ou maternidade ilegítima, estabelece o artigo 43.° do decreto n.° 2 de 25 de dezembro de 1910 uma regra especial de competência, determinando que «a acção de investigação deve ser proposta perante o tribunal em cuja jurisdição se afirma ter ocorrido o nascimento do filho ilegítimo, ou, no caso de acção anterior ao nascimento, no juízo do lugar da coabitação ou da concepção».

Perante êste preceito, apareceu a questão de saber se, na hipótese de o nascimento do pretenso filho ocorrer em país estranjeiro, os tribunais portugueses seriam incompetentes para conhecer das acções de investigação, embora as

(1) Weiss, *Traité*, IV, pág. 54 e seg.

pessoas contra quem elas devessem ser intentadas estivessem domiciliadas em Portugal.

Esta questão foi resolvida doutrinalmente pela *Gazeta da Relação de Lisbôa* (1) no sentido de que o artigo 43.° do decreto de 1910 é um simples *preceito de direito interno*, que não podia determinar a competência dos tribunais estranjeiros, nem privar os filhos nascidos em país estranjeiro de proporem as respectivas acções em Portugal.

Esta doutrina foi, primeiro, aceita pelo, então, juiz de Lisboa Dr. Oliveira Guimarães, em sentença de 3 de dezembro de 1913 (2), e, depois, adoptada pelos acórdãos da Relação de Lisboa de 11 de março de 1914 (3), pelo acórdão da Relação do Pôrto de 30 de outubro do mesmo ano (4), e pelos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de fevereiro (5) e 2 de junho (6) de 1914, 8 de Janeiro de 1915 (7) e 27 de outubro de 1916 (8), podendo considerar-se a jurisprudência assente nesse sentido. E esta jurisprudência é certamente fundamentada, por isso que o legislador quis, seguramente, com a regra de competência especial que estabeleceu no artigo 43.° do decreto de 1910, favorecer os filhos ilegítimos e, se se adoptasse a doutrina de que, no caso de os filhos haverem nascido em país estranjeiro, as acções de investigação não poderiam ser propostas em Portugal, em vez de favorecidos, ficariam os filhos ilegítimos prejudicados. O artigo 43.° deve, pois, ser interpretado como referindo-se apenas ao caso de o nascimento se ter dado em Portugal, prevalecendo, no caso de nascimento em país estranjeiro, os preceitos dos artigos 16.° e 20.° do Código de processo civil.

Isto não quere dizer, porém, que as acções de investigação não possam ser propostas no país do nascimento e que as respectivas sentenças não devam ser confirmadas, quando satisfaçam aos requisitos exigidos pela lei de processo para a confirmação das sentenças estranjeiras.

(1) Ano XXVII, pág. 449.
(2) *Gazeta* cit., XXVII, pág. 506.
(3) *Gazeta* cit., ano cit., pág. 716.
(4) *Gazeta* cit., XXVIII, pág. 245.
(5) *Colecção oficial*, XII, pág. 270.
(6) *Gazeta* citada, XXVIII, pág. 245.
(7) *Colecção* citada, XIV, pág. 61.
(8) Ibidem, XVI, pag. 19.

382 — IV — *Adopção.* A generalidade das legislações ainda admite a adopção, pela qual se estabelece uma espécie de *parentesco civil* entre o adoptante e o adoptado.

Algumas legislações, porém, como a holandesa, a da Lüisiana, a norueguesa, a portuguesa e a sueca, não reconhecem semelhante meio de estabelecer a relação de filiação (1).

Perante estas últimas legislações e, designadamente, perante a legislação portuguesa, levanta-se a dupla questão: se os estranjeiros, cuja lei nacional permite a adopção, poderão praticá-la num estado que não a admite; e se, num Estado que não admite a adopção, poderão ser reconhecidos efeitos à adopção realizada em país estranjeiro, entre estranjeiros cuja lei nacional a permite.

A ambas as questões deve, em nosso entender, dar-se uma solução negativa.

Referindo-nos de modo especial ao nosso direito, é para nós certo, em primeiro lugar, que os estranjeiros não podem praticar a adopção em Portugal: 1.°) porque os estranjeiros gozam em Portugal dos mesmos direitos que os cidadãos portugueses (Código civil, artigo 26.°), e os cidadãos portugueses não têm o direito de adopção; 2.°) porque, entre o direito português e qualquer legislação estranjeira que admita a adopção, não se dá um *conflito de leis,* mas um *conflito de instituïções,* conflito que, segundo procurámos demonstrar (2), deve ser resolvido no sentido de não ser reconhecida num país uma instituïção jurídica que a lei dêsse país não admite.

E também consideramos certo que não podem ser reconhecidos em Portugal os efeitos de uma adopção realizada em país estranjeiro, pois se trata de uma situação jurídica que o direito português desconhece e a que, portanto, não pode atribuir efeitos jurídicos. De outro modo, reconhecer-se-ia indirectamente aquilo que directamente não pode ser reconhecido. Sendo assim, não poderá um filho adoptivo ser admitido a pedir, a título de herança, os bens deixados em Portugal pelo pai adoptante. Tal é a solução seguida por

(1) Weiss, *Traité,* IV, pág. 106 e seg.
(2) L. I, n.° 179.

Dicey (1), em face do direito inglês, que também não admite a adopção, solução que consideramos inteiramente justa.

II

383 — As relações entre pais e filhos constituem, fundamentalmente, quatro categorias: o poder paternal; o direito de sucessão; o direito a alimentos e o direito ao nome. O estudo das relações entre pais e filhos sob o ponto de vista internacional equivale, por isso, ao estudo do regime jurídico internacional daqueles quatro grupos de relações jurídicas.

I — *Poder paternal.* Êste poder é constituído pelo conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais quanto à regência da pessoa e quanto à administração dos bens dos filhos menores (Código civil, artigo 137.°). Deve semelhante poder ser estudado, naturalmente, na sua *atribuïção,* na sua *extensão,* e na sua *suspensão* ou *extinção.*

Deixando para mais tarde o que respeita aos modos por que pode ser suspenso ou extinto o poder paternal, estudaremos neste momento o regime da sua atribuïção e da sua extensão.

a) *Direito comparado.* Embora de modo muito ligeiro, traçaremos algumas linhas de direito comparado, para pôr em relêvo o interesse dos conflitos de leis sôbre o poder paternal.

1.°) *Atribuïção.* A atribuïção do poder paternal deve ser considerada separadamente a respeito dos filhos legítimos e a respeito dos filhos ilegítimos.

α) *Filhos legítimos.* Relativamente a êstes, ainda a atribuïção do poder paternal deve ser referida à constância do matrimónio e ao período posterior à sua dissolução por morte ou por divórcio.

Quanto à *constância do matrimónio,* encontram-se nas legislações dois sistemas, um que atribui o poder paternal apenas ao *pai,* o que se dá, designadamente, no direito

(1) *Conflict of laws,* pág. 461 e nota 2.

francês (Código civil, artigo 373.°) e no direito brasileiro (Código civil, artigo 380.°); e outro que confere o poder paternal em comum ao pai e à mãe, sistema já aceito pelo direito português (Código civil, artigo 138.°) e nìtidamente organizado pelo direito alemão (código civil, artigo 1627.° e seg.) e pelo direito suíço (artigo 274.°).

Pelo que respeita à atribuïção do poder paternal posteriormente à dissolução do casamento, ainda importa distinguir a dissolução por morte da dissolução pelo divórcio.

No caso de dissolução por morte, seguem as legislações dois sistemas: o sistema da atribuïção do poder paternal ao cônjuge sôbrevivo, que é, por exemplo, o sistema do direito português (Código civil, artigo 155.°) e do direito brasileiro (Código civil, artigo 382.°); e o sistema da substituïção do poder paternal por uma *tutela legal* atribuída ao cônjuge sôbrevivo, o que se verifica, designadamente, no direito francês (Código civil, artigo 390.°) e no direito rumeno (Código civil, artigo 340.°).

No caso de dissolução do casamento pelo divórcio, também se encontram diferenças. Assim é que, pelo direito português, o poder paternal é exercido por ambos os pais (Decreto de 3 de novembro de 1910, artigo 22.°) e, pelo direito suíço (código civil, artigo 274.°), o poder paternal é exercido por aquele dos pais a quem os filhos forem entregues.

β) *Filhos ilegítimos.* Relativamente à atribuïção do poder paternal sôbre os filhos ilegítimos, revela o direito comparado três sistemas característicos: o sistema que atribui, *em regra,* o poder paternal aos pais ilegítimos, que aparece, por exemplo, no direito português (Código civil, artigo 166.°); o sistema que *nunca* atribui aos pais o poder paternal, que aparece no direito alemão (código civil, artigo 1707.°); e o sistema que confere à autoridade tutelar a *faculdade* de atribuir aos pais o poder paternal, o qual aparece no direito suíço (código civil, artigos 324.° e 325.°).

2.°) *Extensão.* O poder paternal compreende, de um modo geral, a *regência da pessoa* e a *administração dos bens* dos filhos menores (Código civil, artigo 137.°).

A *regência da pessoa* traduz-se, fundamentalmente, no *direito de educação* e nos dois direitos que o completam — o *direito de guarda* e *vigilância,* que consiste no poder

concedido aos pais de ter os filhos na sua companhia ou de os entregar a pessoa da sua confiança, e o *direito de correcção,* ou o poder de emendar a sua desobediência; e no *direito de representação,* ou o poder de proceder em seu nome tanto em juízo como fora dêle (Código cit., art. 138.°).

Quanto ao reconhecimento dêstes direitos, concordam, mais ou menos, as legislações (1). Um ponto há, porém, em que aparecem divergências de certa importância. É a respeito do direito de correcção. Assim: o código civil brasileiro nem ao menos especifica o direito de correcção entre os direitos que constituem o poder paternal quanto à pessoa dos filhos (Código civil, artigo 384.°); o código civil suíço limita-se a dizer que o pai e a mãe têm o direito de correcção sôbre os filhos (artigo 278.°); o código civil alemão declara que o pai pode, em virtude do direito de educação, usar para com o filho dos meios de disciplina convenientes, e que o tribunal das tutelas deverá, quando por êle solicitado, auxiliá-lo com as medidas disciplinares apropriadas (artigo 1631.°); o direito português, no caso de o filho ser desobediente e incorrigível, confere aos pais o direito de recorrer à autoridade judicial, para o efeito de o recolher numa casa de correcção para isso destinada, pelo prazo de seis meses (Dec. de 27 de maio de 1911, art. 71.°); o código civil francês (artigos 375.° a 379.°) permite aos pais requerer o internamento dos filhos numa casa de correcção até um mês, quando menores de dezasseis anos, e até seis meses, quando maiores de dezasseis anos e menores de vinte e um, não emancipados; o código civil italiano, por fim, reconhece aos pais o mesmo direito, sem marcar a duração da detenção (artigo 222.°).

Quanto à *administração dos bens* dos filhos, a regra é que aos pais cabe essa administração, assim como lhes cabe o *usufruto legal* sôbre os mesmos bens.

Existem, porém, diferenças sensíveis em alguns pontos, designadamente, a respeito do usufruto legal sôbre os bens dos filhos menores. Semelhantes diferenças referem-se, já à atribuïção do usufruto, já à sua extensão, já à sua duração.

Quanto à *atribuïção do usufruto,* é característica a diferença, por exemplo, entre a lei portuguesa, que não o

(1) Weiss, *Traité,* IV, pág. 132 e seg.

atribui aos pais ilegítimos (Código civil, artigo 166.°), e a lei francesa, que o atribui aos pais sôbre os bens dos filhos legalmente reconhecidos nas mesmas condições em que o reconhece aos pais legítimos (Código civil, artigo 384.°).

Quanto à *extensão*, é característica a diferença entre a lei portuguesa, que atribui aos pais legítimos o usufruto sôbre os bens dos filhos, independentemente, em geral, do *título* por que sejam adquiridos (Código civil, artigo 145.°), e a lei italiana, que limita o usufruto aos bens adquiridos por *título gratuito* (Código civil, artigo 228.°).

Quanto à *duração*, é característica, por um lado, a diferença entre a lei portuguesa, que faz durar o usufruto até à maioridade ou emancipação dos filhos (Código civil, art. 149.°, n.° 1.°), e a lei francesa, segundo a qual o usufruto dura apenas até aos dezoito anos (Código civil, artigo 384.°), e, por outro lado, entre a lei portuguesa, que não o faz terminar pelo segundo casamento dos pais (Código civil, artigo 149.°, n.° 3.°; lei n.° 90, de 15 de agosto de 1914, artigo 1.°), e a lei italiana, pela qual o nôvo casamento dos pais faz sempre terminar o usufruto (Código civil, artigo 232.°).

b) *Direito aplicável.* As diferenças legislativas que ficam apontadas mostram a possibilidade de conflitos de leis a respeito da atribuïção, duração e extensão do poder paternal, e indicam o interesse prático de estabelecer o princípio de resolução dêsses conflitos.

Para resolver esta categoria de conflitos de leis, dois sistemas gerais têm sido seguidos: o sistema que chamaremos da *territorialidade*, e o sistema da *personalidade*.

O sistema da territorialidade sujeita o poder paternal, quanto à *pessoa dos filhos*, à *lei do lugar onde é exercido* e, quanto aos *bens*, à *lex rei sitæ*. É o sistema consagrado, em toda a sua pureza, pelo tratado de Montevideo (artigos 14.° e 15.°), é o sistema do direito inglês e do direito norte-americano, quanto à pessoa dos filhos (1), e ainda é, segundo Dicey, o sistema preponderante do direito inglês acêrca dos bens dos filhos (2).

(1) Dicey, *Conflict of laws*, pág. 472; Wharton, *Conflict of laws*, § 253.
(2) Ob. cit., Regra 132. Na América, é praticado, segundo Wharton, quanto aos bens, o sistema da competência da lei do domicílio do pai (ob. cit., § 255).

O sistema da personalidade submete o poder paternal à lei pessoal, na sua forma de lei do domicílio ou de lei nacional, segundo a orientação dos escritores ou do direito positivo. Foi o sistema defendido por Savigny (1) e, depois dele, pela generalidade dos escritores (2), assim como é o sistema que, devendo considerar-se consagrado pelos códigos civis francês (art. 3.°), italiano (art. 6.°), português (art. 24.° e 27.°), espanhol (art. 9.°) e brasileiro (art. 8.°), foi explìcitamente aceito pela lei suíça de 25 de junho de 1891 (art. 9.°), pela lei alemã (art. 19.° e 20.°) e pela lei japonesa (art. 20.°).

Entre os dois sistemas, a escolha não nos parece difícil, nem sob o ponto de vista teórico, nem em face do direito português.

Sob o ponto de vista teórico, a solução afigura-se-nos nítida. O poder paternal é uma instituïção coordenada com o estado das pessoas e, por isso, deve ser regido pela lei pessoal, como, em princípio, acontece com todas as instituïções e relações jurídicas que no estado das pessoas encontram a sua razão de ser e a sua explicação (3).

Sob o aspecto do nosso direito positivo, a solução é igualmente nítida. Segundo os artigos 24.° e 27.° do Código civil, o estado das pessoas é regulado pela sua lei nacional e, por isso, também pela lei nacional devem ser regulados os direitos e obrigações que pelo estado das pessoas são determinados (4).

Mas, assente que o poder paternal deve ser regulado pela lei pessoal e, portanto, segundo o direito português, pela lei nacional, importa ainda resolver as seguintes questões: a) qual a lei a aplicar quando pai e filho tenham diferente nacionalidade; b) se, e até que ponto, a lei normalmente competente para reger o poder paternal pode ser limitada pelas leis portuguesas de ordem pública internacional.

A primeira questão constitui um *conflito de leis pessoais*, a que têm sido dadas três soluções: *primeira* — com-

(1) Ob. cit., pág. 134.
(2) Vide: Champcommunal, *Revue* cit., pág. 716 e seg.; Weiss, *Traité*, IV, pág. 146 e seg.
(3) L. 1, n.os 122 e seg.
(4) Vide Dr. Teixeira de Abreu, ob. cit., n.° 119.

petência da lei pessoal do pai; *segunda* — competência da lei pessoal do filho; *terceira* — competencia cumulativa da lei pessoal do pai e da lei pessoal do filho.

A primeira solução foi defendida, entre outros, por Savigny (1), Laurent (2), Asser e Rivier (3), Fiore (4) e Rolin (5), assenta no fundamento de que, cabendo ao pai o direito e o dever de dirigir o filho menor, êsse direito e êsse dever dependem da sua lei pessoal, e foi consagrada pela lei suiça (art. 9.°), pela lei alemã (art. 19.° e 20.°) e pela lei japonesa (art. 20.°).

A segunda solução, que é a mais geralmente seguida, foi propugnada, designadamente, por Von Bar (6), Weiss (7), Pillet (8), Despagnet e De Boeck (9) Champcommunal (10), Surville (11), Audinet (12) e Diena (13), e tem sido baseada na idea de que o poder paternal é, segundo o conceito moderno, uma instituïção de protecção do filho e de que, por isso, deve ser regido pela lei do filho, e não pela lei do pai (14).

A terceira finalmente é sustentada por Anzilotti, com o fundamento de que o pai apenas pode exercer direitos ou estar sujeito a deveres que, existindo pela sua lei nacional, existam também segundo a lei nacional do filho, visto que o estado das pessoas e os direitos de família são regulados pela lei pessoal (15).

Qual das três soluções será a juridicamente mais rigorosa?

Já, noutro lugar (16), formulámos a nossa opinião. O poder paternal, não só existe em proveito do filho, mas tem a sua razão de ser num *estado próprio do filho*, a menoridade, cabendo, por isso, a competência para o reger à lei pessoal do filho, que é, a um tempo, a sua lei de protecção e a lei reguladora do seu estado. Uma vez constituído o estado de filho, o pai deve considerar-se naturalmente sujeito à lei pessoal dele, quanto à determinação dos direitos e deveres que lhe cabem a respeito da sua pessoa e, bens, em virtude da sua menoridade.

(1) Ob. cit., pág. 334.
(2) Ob. cit., VI, n.° 21.
(3) Ob. cit., pág. 125.
(4) *Trattato*, II, n.° 613.
(5) Ob. cit., II, n.° 646.
(6) Ob. cit., § 202.
(7) *Traité*, IV, pág. 45 e seg.
(8) *Clunet*, 1895, pág. 505.
(9) Ob. cit., n.° 821.
(10) *Revue* cit., 1910, pág. 716.
(11) *Clunet*, 1912, pág. 404.
(12) Ob. cit., n.° 636.
(13) *Diritto internazionale privato*, pág. 181.
(14) Champcommunal, *Revue* cit., pág. 717.
(15) *Corso de lezioni*, pág. 276.
(16) L. I, n.° 137.

Devemos, porém, observar que consideramos juridicamente rigorosa a doutrina de Anzilotti quanto ao regime de quaisquer relações entre pais e filhos que não se identifiquem com o poder paternal e não tenham a sua explicação na menoridade do filho, mas tirem a sua razão de ser simplesmente da qualidade de pai e da qualidade de filho. Semelhantes relações jurídicas devem ser regidas cumulativamente pela lei pessoal do pai e pela lei pessoal do filho. Estão nessas condições, designadamente, como vamos ver, o direito de o filho usar o *nome* do pai e o *direito recíproco de alimentos*, pois que tais direitos não assentam num estado próprio do filho, mas na qualidade recíproca de pai e de filho.

Á exclusiva aplicação da lei pessoal do filho está sujeito, porém, o *direito de usufruto legal* do pai sôbre os bens do filho, pois que tal usufruto, quando existe, é, evidentemente, um elemento do poder paternal.

A lei nacional do filho, se bem que competente para, normalmente, regular o poder paternal, pode ser limitada pelas leis portuguesas de ordem pública internacional.

Até onde deverá, porém, considerar-se de ordem pública internacional a lei portuguesa relativa ao regime do poder paternal?

Pelo que respeita à atribuïção e conteúdo dêste poder, há apenas um ponto em que a lei portuguesa deverá considerar-se de ordem pública internacional. É no que respeita à medida do direito de correcção. E assim é que os pais não poderão recorrer a meios de correcção que não sejam admitidos pela lei portuguesa e, portanto, não poderão requerer o internamento dos filhos em casas de correcção por mais tempo do que é permitido pelo artigo 71.° do decreto de 27 de maio de 1911, relativo à Tutoria da Infância isto é, pelo prazo de seis meses, e não poderão transformar o direito de correcção em maus tratos físicos habituais e excessivos,

sem que fiquem sujeitos à inibição do poder paternal, nos termos dos artigos 26.°, n.° 5.° *a*), e 41.° do mesmo decreto. Trata-se da liberdade individual e da garantia do desenvolvimento físico e moral dos filhos, cujo regime legal se deve considerar de interesse público e, como tal, aplicável a nacionais e estranjeiros (1).

384 — II — *Direito de sucessão, direito a alimentos e direito ao nome.* Entre pais e filhos, existe o direito de sucessão (Código civil, artigo 1969, n.os 1.° e 2.°; decreto de 31 de outubro de 1910, artigos 1.° a 3.°; decreto n.° 1, de 25 de dezembro de 1910, artigo 31.°, n.° 3.°), existe o direito a alimentos (Código civil, artigos 140.° e 172.°), e existe o direito ao nome, por parte dos filhos (Decreto n.° 2, de 25 de dezembro, artigo 31.°, n.° 1°). No estudo completo do regime jurídico internacional das relações entre pais e filhos entra, por isso, o estudo do regime dêsses três direitos.

O estudo do direito de sucessão tem, contudo, o seu lugar no capítulo dos direitos de sucessão e, por isso, não nos ocuparemos dêle neste momento.

Do direito a alimentos, ocupámo-nos já, de modo geral, ao analisar o problema dos conflitos das leis pessoais, onde procurámos mostrar que o direito a alimentos só existe quando seja reconhecido simultâneamente pela lei nacional do alimentante e pela lei nacional do alimentando (2). Em princípio, é essa a doutrina a seguir nas relações entre pais e filhos.

Acrescentaremos, porém, neste lugar, uma observação, para completar o que então dissemos. Se a lei ou leis estranjeiras não reconhecerem o direito a alimentos, fundado nos laços de sangue, num caso em que a lei portuguesa reconheça o mesmo direito, deverá, nesse ponto, a lei portuguesa ser considerada de ordem pública internacional, pois nos parece que a lei que estabelece o direito a alimentos pelo vínculo de sangue é uma lei moral, que deve ser aplicada tanto a nacionais como a estranjeiros (3).

(1) Weiss, *Traité*, IV, pág. 149; Diena, ob. cit., pág. 180.
(2) L. I, pág. 466.
(3) Vide: Beviláqua, *Direito internacional privado*, pág. 244; A. Machado Villela, *O direito internacional privado no código civil brasileiro*, pág. 140; Despagnet e de Boeck, ob. cit., n.° 258-5.°.

Quanto ao *direito ao nome*, pensamos igualmente que a existência dêsse direito deve depender do seu reconhecimento tanto pela lei do pai como pela lei do filho, pois nos não parece justo que um indivíduo possa usar o nome de outro, sem que a lei dêste lhe imponha a obrigação de assim o consentir.

III

385 — Para completar o estudo do regime jurídico internacional das relações entre pais e filhos, resta analisar o problema da sua *extinção* ou *suspensão*. Êste problema apenas tem interesse relativamente ao poder paternal. Limitar-nos-emos, por isso, a nossa análise às causas de extinção e suspensão dêste poder.

Nada diremos, porém, acêrca da morte do pai ou do filho, como causa de extinção do poder paternal, por semelhante causa não dar lugar a qualquer dificuldade jurídica de carácter internacional.

a) *Maioridade*. A maioridade é uma causa de extinção do poder paternal. Como já notámos noutro lugar (1), o momento em que começa a maioridade não é fixado pelas legislações na mesma idade, começando, por exemplo, na Suíça aos vinte anos (código civil, artigo 14.°), em Portugal aos vinte e um (código civil, artigo 311.°), em Espanha aos vinte e três (código civil, artigo 320.°), na Hungria aos vinte e quatro (Lei XX, de 1877, artigo 1.°), e na Dinamarca aos vinte e cinco (2). Mas, como também notámos, não há que hesitar. A delimitação da menoridade e da maioridade relaciona-se com o estado e com a protecção das pessoas, sendo, portanto, da competência da lei nacional do interessado.

b) *Emancipação*. O regime jurídico internacional da emancipação deve ser estudado quanto à sua *admissão*, quanto ao *meio* por que pode realizar-se, quanto à *idade* em que pode ter lugar, quanto à *entidade* que a pode conceder, e quanto aos *efeitos* que produz, pois sob todos êstes pontos

(1) Supra, pág. 18.
(2) Lehr, *Droit scandinave*, pág. 23.

de vista há diferenças legislativas de maior ou menor importância e, como conseqüência, conflitos de leis ou conflitos de instituïções que interessa considerar no estudo das relações entre pais e filhos.

Quanto à *admissão* da emancipação, obedecem as legislações a duas correntes. De um lado, está a generalidade das legislações, que admite, quer a emancipação pròpriamente dita, isto é, um *estado de transição* entre a menoridade e a maioridade, quer uma *declaração antecipada de maioridade*, que existe, designadamente, na Alemanha (código civil, artigos 3.° a 5.°) e na Suíça (código civil, artigo 15.°); do outro lado está, por exemplo, o direito inglês, que não reconhece qualquer encurtamento da menoridade (1).

Quanto ao *meio de realização*, pode a emancipação representar uma *concessão*, quer dos *pais* ou de um *conselho de família*, como acontece entre nós (código civil, artigo 304.°) e em França (código civil, artigos 477.° e 479.°), quer da *autoridade tutelar*, como se dá na Alemanha (código civil, artigos citados) e na Suíça (código civil, artigo citado); ou pode resultar do *casamento*, como acontece na generalidade das legislações que a reconhecem, e estabelecem a puberdade legal antes da maioridade (2).

Quanto à *idade* em que pode realizar-se, basta notar que, emquanto a lei portuguesa (artigo 307.°) fixa a idade da emancipação por concessão dos pais ou do conselho de família aos dezoito anos anos, a lei francesa (código civil, artigo 477.°), fixa a idade de quinze anos.

Quanto à *entidade emancipante*, ao passo que pelo direito português, podem revestir essa qualidade os pais e o conselho de família, pelo direito alemão e suíço, cabe a mesma qualidade à autoridade tutelar.

Quanto aos *efeitos*, se, pelo direito português (código civil, artigo 305.°) e pelo direito alemão (código civil, artigo 3.°), o menor emancipado é jurídica e definitivamente equiparado a um maior, pelo direito francês (código

(1) Contuzzi, *Digesto italiano*, v.° *Emancipazione (Diritto internazionale)*, vol. x, pág. 329.

(2) Algumas legislações, como a húngara (Lei citada, artigos 1.° e 4.°), não consideram o casamento como meio de emancipação dos homens.

civil, artigos 481.° a 486.°), o menor emancipado fica privado da prática de certos actos, como a alienação de bens imóveis, e pode ser privado do benefício da emancipação, se der provas de incapacidade para administrar a sua fortuna.

Perante todas estas diferenças legislativas, importa formular as regras de direito internacional privado, segundo as quais as mesmas diferenças legislativas devam coordenar-se.

Um primeiro princípio geral se deve considerar certo e que domina a matéria: a emancipação por concessão dos pais, do conselho de família ou de qualquer autoridade tutelar só pode existir quando admitida pela lei nacional do menor. Trata-se de fixar um *estado pessoal* e, tanto em teoria, como perante o nosso direito positivo (código civil, artigos 24.° e 27.°), o estado das pessoas é regido pela sua lei nacional.

A solução não é já tão nítida a respeito da emancipação por *casamento*. Como esta forma de emancipação não existe segundo todas as legislações, podem dar-se três hipóteses: existir segundo a lei de ambos os cônjuges; existir segundo a lei do marido e não existir segundo a lei da mulher; existir segundo a lei da mulher e não existir segundo a lei do marido. A primeira hipótese não tem que discutir. O casamento produz a emancipação do cônjuge que for menor. A segunda hipótese também parece de solução simples. Como a emancipação é um efeito pessoal do casamento, e os efeitos pessoais do casamento são regidos pela lei pessoal do marido, deve o casamento produzir a emancipação da mulher, se ela for menor, ainda que a emancipação não exista segundo a sua lei nacional anterior ao casamento (1).

E, perante esta solução, a terceira hipótese também se resolve fàcilmente. Como os efeitos do casamento são regulados pela lei nacional do marido, e esta lei não admite a emancipação, esta não se pode dar.

Um segundo princípio geral nos parece igualmente certo: a idade em que pode dar-se a emancipção é determinada pela lei nacional do menor. Êste princípio é de evidência quanto à emancipação por concessão. A lei competente para dizer *se*, é igualmente competente para dizer

(1) Contuzzi, *Digesto* cit., n.° 11.

quando a emancipação pode realizar-se. É sempre um *estado pessoal* que se trata de regular.

No caso de emancipação por casamento, se a lei da mulher divergir da lei do marido, como já notámos noutro lugar (1), a lei da mulher deve ceder à lei do marido.

Ainda um terceiro princípio se nos afigura certo: as entidades competentes para requerer ou promover e conceder a emancipação são as indicadas pela lei nacional do menor.

A razão dêste princípio parece-nos simples. A emancipação tende à substituïção do *estado de incapaz* pelo *estado de capaz* e, por isso, deve ser a lei que regula o estado e capacidade das pessoas a lei competente para indicar as pessoas ou autoridades que podem requerer ou conceder a mesma emancipação, pois são essas pessoas ou entidades que, segundo a mesma lei, podem apreciar as circunstâncias justificativas daquela substituïção do estado pessoal.

Sendo assim, vem o corolário de que não poderá emancipar-se num país um menor estranjeiro quando aí não exista a entidade competente segundo a lei nacional para conceder a emancipação ou, existindo, não tenha poder para essa concessão. Nestes termos, não poderá um menor alemão ou suíço emancipar-se em Portugal, por isso que, segundo a lei alemã e segundo a lei suíça, a emancipação depende da autoridade tutelar, e a autoridade tutelar portuguesa não tem competência para conceder a emancipação (2).

Quando a emancipação de um menor estranjeiro possa realizar-se no Estado local por aí existir uma autoridade competente, segundo a lei nacional, e com poder, segundo a lei local, para a conceder ou para intervir na sua concessão, a *forma* da emancipação será a estabelecida pela lei local. É a aplicação do princípio *locus regit actum* e do princípio de que a forma do processo é regulada pela *lex fori*.

Um quarto princípio geral, finalmente, nos parece verdadeiro. Os efeitos da emancipação são regidos, na sua extensão e no seu carácter provisório ou definitivo, pela lei

(1) Supra, pág. 20.
(2) Contuzzi, *Digesto*, cit., n.° 3.

nacional do emancipado. Os efeitos da emancipação constituem a *medida de capacidade* do emancipado e, por isso, são regidos pela sua lei nacional (1).

Êste princípio não se aplica, porém, à emancipação por casamento, quanto à mulher. Na lógica da doutrina que temos sustentado, em tal caso, os efeitos da emancipação devem ser regidos pela lei nacional do marido.

386 — c) *Ausência.* Segundo a lei portuguesa, a declaração de ausência é causa de *suspensão* do poder paternal (código civil, artigo 168.°, n.° 2.°) e, segundo a lei alemã, por exemplo, a declaração de morte por virtude de ausência põe *fim* ao poder paternal, embora, vivendo e regressando, o pai possa reaver aquele poder, se assim o declarar ao tribunal das tutelas (código civil, artigo 1679.°).

É para nós seguro que o efeito da declaração da ausência sôbre a persistência do poder paternal é regulado pela lei que rege o poder paternal, isto é, pela lei nacional do filho, pois é lógico que a lei que preside à atribuïção também presida à suspensão ou extinção do poder paternal.

Se a declaração de ausência for feita em Portugal, não haverá, pois, mais que aplicar a lei nacional do filho.

Se, porém, a ausência for declarada por sentença de tribunal estranjeiro, precisará tal sentença, segundo os princípios gerais, de ser revista e confirmada por uma das Relações, para cá produzir os seus efeitos.

387 — d) *Interdição.* O direito português (Código civil, artigo 168.°, n.° 1.°) e o direito alemão (código civil, artigos 1676.° e 104.°) consideram a interdição como causa de *suspensão* do poder paternal, o direito suíço (código civil, artigo 285.°) considera-a causa de *extinção*, e o direito brasileiro (código civil, artigo 392.° e seg.) não a menciona nem para um nem para outro efeito.

Esta diversidade de influência da interdição sôbre o destino do poder paternal depende da lei nacional do menor, como é da lógica dos princípios que temos estabelecido.

Se a interdição tiver sido decretada por tribunal estranjeiro,

(1) Contuzzi, *Digesto* cit., n.os 20 e seg.

em geral não produzirá efeitos em Portugal, sem a sentença ser confirmada nos termos de direito. Se o interdito for, porém, nacional de algum dos Estados signatários da convenção da Haia de 17 de julho de 1905 sôbre interdição e medidas de protecção análogas, como, segundo tal convenção (artigo 9.°), a sentença de interdição proferida pelos tribunais de um dos Estados contratantes produz efeitos nos outros Estados, independentemente de *exequatur*, quanto à *incapacidade* e à tutela do interdito (1), parece-nos que tal sentença não precisará de ser confirmada para determinar a suspensão ou supressão do poder paternal, por isso que esta suspensão ou supressão se explica pela incapacidade do pai, e a sentença de interdição não precisa de *exequatur* no que respeita à capacidade do interdito.

388—e) *Condenação penal dos pais.* Segundo o código penal de 10 de dezembro de 1852 e a lei de 1 de julho de 1867, era efeito de certas penas a suspensão ou a extinção do poder paternal, sendo esta doutrina ainda consagrada pelo Código civil (artigo 168.°, n.° 3.°, e 170.°, n.° 2.°). A reforma penal de 14 de junho de 1884, encorporada no código penal de 16 de setembro de 1886, acabou com semelhantes efeitos das pênas, ainda as mais graves (artigo 74.° e seg.), mas o decreto de 27 de maio de 1911, que criou a *Tutoria da infância*, determinou que os pais devem ser inibidos do poder paternal quando condenados por certos crimes e a certas penas (artigos 17.° a 25.°, 26.°, n.° 6.°, e 41.°), devendo a inibição durar, pelo menos, quatro anos (artigo 56.°), o que representa o restabelecimento da suspensão do poder paternal em virtude de sentença penal condenatória.

Em maior ou menor grau, também as legislações de outros Estados reconhecem a influência da condenação penal sôbre a persistência do poder paternal. E assim é, por exemplo, que o código civil alemão (artigo 1680.°) dispõe que o poder paternal acaba com a condenação do pai à pêna de reclusão ou de prisão de seis meses ou mais, por crime ou delito cometido contra o filho, e o código civil brasileiro (artigo 394.°) declara que o exercício do

(1) L. 1, pág. 692.

poder paternal fica suspenso quando o pai ou mãe sejam condenados por sentença irrecorrível, e por crime cuja pêna exceda dois anos de prisão.

Sendo assim, aparece naturalmente a questão de saber se a condenação penal proferida em país estranjeiro, contra um cidadão português ou contra um estranjeiro, poderá produzir em Portugal a extinção do poder paternal, nos termos da lei portuguesa ou nos termos da lei nacional do condenado estranjeiro.

Esta questão é uma simples modalidade da questão geral, que discutimos noutro lugar (1), acêrca do valor a atribuir às sentenças penais estranjeiras que privam o condenado do gôzo de um direito especial, questão por nós resolvida no sentido de que semelhantes sentenças têm efeito meramente territorial. É também a solução a dar-lhe neste caso especial. Isso não obsta, porém, a que as mesmas sentenças possam ser atendidas como *prova* do mau procedimento dos pais, para o efeito de estes serem inibidos do poder paternal pela Tutoria da infância, nos termos dos artigos 26.°, n.° 4.°, do decreto de 27 de maio de 1911, e isto tanto em relação a portugueses como a estranjeiros, como diremos no número seguinte.

389—Em princípio, o poder paternal é regulado pela lei pessoal, a qual determinará as causas e as condições da sua suspensão ou extinção, em harmonia com a doutrina que deixámos estabelecida.

A lei pessoal, como lei reguladora da suspensão ou extinção do poder paternal, está, porém, aujeita à acção inibitória das leis portugueses de ordem pública internacional.

Com semelhante carácter se deverá considerar o decreto de 27 de maio de 1911, que criou a *Tutoria da infância*, destinada a proteger os menores em perigo moral, e que prescreve que os pais ou tutores sejam inibidos do poder paternal ou da tutela em certos e determinados casos de perigo moral para os menores de dezasseis anos (artigo 26.° e seg.).

(1) Supra, n.° 222.

O decreto propôs-se, claramente, um fim de ordem moral e de ordem social, como se vê do seu artigo 1.º, onde se diz: «Com os fins de prevenir, não só os *males sociais* que podem produzir a *perversão* ou o *crime* entre os menores de ambos os sexos de menos de dezasseis anos completos, ou *comprometer a sua vida ou saúde,* mas também *curar os efeitos dêsses males,* serão criadas as seguintes instituïções: Tutoria da infância; Federação nacional dos amigos e defensores das crianças».

A Tutoria da infância, na sua instituïção e na sua função, destina-se, pois, a desempenhar uma alta missão moral e humanitária, no interesse de toda a sociedade portuguesa, desviando do perigo moral ou do crime os menores cujos pais ou tutores os abandonem ou pervertam em prejuízo dos próprios menores ou da colectividade.

Sendo assim, torna-se evidente que as disposições do decreto devem ser aplicadas a nacionais e estranjeiros, pela clara razão de que não poderia admitir-se que os pais ou tutores de menores estranjeiros pudessem, impunemente, abandonar ou perverter os filhos ou os pupilos, deixando-os ou mesmo impelindo-os para o caminho do crime.

Em apoio da doutrina que fica formulada, ainda notaremos que a doutrina preponderante e uma jurisprudência bem estabelecida consideram hoje em França como sendo de ordem pública internacional a lei de 24 de julho de 1889, que estabeleceu a protecção dos filhos maltratados ou moralmente abandonados e prescreve em certos casos a inibição do poder paternal, e que foi, em grande parte, fonte do nosso decreto de 27 de maio de 1911. A jurisprudência teve a princípio hesitações, mas hoje parece ter-se fixado no sentido de considerar a lei de 1889 como uma lei de polícia e de segurança, isto é, de ordem pública internacional (1).

Para terminar estas ligeiras referências ao valor do decreto de 27 de maio de 1911 no que respeita ao regime jurídico internacional da suspensão do poder paternal,

(1) Vide: *Clunet,* 1897, pág. 647; Despagnet e de Boeck, ob. cit., n.º 258; Surville e Arthuys, ob. cit., n.º 319; Audinet, ob. cit., n.º 639; Weiss, *Traité,* IV, pág. 152 e seg.; Pillet, *Clunet,* 1892, pág. 5 e seg., e *Principes,* pág. 342, nota (1).

faremos ainda duas observações que nos parecem de utilidade prática.

Em primeiro lugar, cumpre notar que a Tutoria da infância pode basear a inibição do poder paternal numa sentença penal condenatória proferida por tribunal estranjeiro contra um português ou contra um estranjeiro, considerando a sentença como prova do mau comportamento do condenado, nos termos do artigo 26.º, n.º 4 *b*) do decreto de 27 de maio, pois isso não equivale a executar a sentença penal estranjeira, mas simplesmente a aproveitá-la como prova de um facto a que a lei portuguesa atribui efeitos jurídicos (1).

Em segundo lugar, cumpre também notar que em tudo aquilo em que o decreto de 27 de maio deixar prevalecer a lei civil comum acêrca do exercício do poder paternal, deverá aplicar-se a lei que for competente segundo as regras gerais de conflitos de leis respeitantes ao regime jurídico internacional do poder paternal. A aplicação do referido decreto a menores estranjeiros representa uma *excepção* às regras gerais de conflitos de leis e, por isso, deve entender-se que essas regras ficam de pé em tudo aquilo em que o mesmo decreto permite ou prescreve a observância da lei civil comum (2).

(1) L. 1, pág. 666; Supra, pág. 478, nota 3, e 566.

(2) Temos citado no texto o artigo 71.º do decreto de 27 de maio de 1911 como o texto do direito português que regula o direito de correcção dos pais sôbre os filhos menores. Devemos, porém, observar que, emquanto aquele decreto não tiver, nessa parte, plena execução, deve considerar-se em vigor o artigo 143.º do Código civil, que reduz ao máximo de trinta dias o tempo pelo qual os pais podem requerer o internamento dos filhos menores nas casas de correcção.

CAPITULO III

Tutela e curatela

SECÇÃO I

Tutela de menores

§ I

Direito convencional

SUMÁRIO. 390 — Elaboração da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre a tutela de menores. 391 — Organização geral da convenção: adopção de um *regime normal* e de um *regime subsidiário* na resolução dos conflitos de leis e de jurisdições em matéria de tutela de menores. Diferenciação dos dois regimes e regra da sua respectiva aplicação. 392 — Regime normal. I — Princípio fundamental. 393 — II — Aplicações do princípio. 394 — III — Suas limitações. 395 — Regime subsidiário. I — Princípio fundamental. II — Suas aplicações. 396 — Esfera de aplicação da convenção.

390 — A *tutela de menores* foi uma das matérias escolhidas pela conferência de 1894 (1) para objecto de estudo da mesma conferência, foi de nôvo estudada pela conferência de 1900 (2) e foi por fim objecto de uma das três convenções assinadas a 12 de junho de 1902, as quais entraram em vigor no dia 1 de agosto de 1904 (3). E a convenção da tutela, que foi a que obteve maior número de ratificações, pois foi a única ratificada pela Espanha, foi também restabelecida, nos

(1) *Actes*, II, págs. 3, 17, 92, 94, 111, 121 e 122; *Protocole final*, pág. 3.

(2) *Actes*, III, págs. 89 a 91, 103, 105, 135, 145 e 242; Conf. *Documents*, de 1900, págs. 59, 103, 104, 107, 132, 140, 146, 156, 158, 171, 172, 177 e 181.

(3) L. I, n.º 27.

tratados de paz com a Alemanha e com a Hungria, nas relações entre estes Estados e os Estados da Entente que eram Estados contratantes (1). De modo que, apesar de denunciada pela França, ainda hoje vigora nas relações de onze Estados —Alemanha, Bélgica, Espanha, Holanda, Hungria, Itália, Luxemburgo, Portugal, Ruménia, Suécia e Suíça (2).

391—A convenção destinou-se a estabelecer o regime jurídico internacional da tutela de menores. Não estabeleceu, porém, *um regime único*, aplicável a todos os menores nacionais dos Estados contratantes, mas sim dois regimes, um que, com Japiot (3), chamaremos *regime normal*, e outro que chamaremos *regime subsidiário*, os quais vamos caracterizar.

As características dos dois regimes resultam da comparação dos artigos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 8.º da convenção, cuja letra é:

«Artigo 1.º A tutela do menor será regulada pela sua lei nacional».

«Artigo 2.º Se a lei nacional não tiver organizado a tutela no país do menor, na previsão do caso de êste ter no estranjeiro a sua residência habitual, poderá o agente diplomático ou consular, autorizado pelo Estado da nacionalidade do menor, prover à constituïção da tutela, em conformidade da lei dêsse Estado, se a isso se não opuser o Estado da residência habitual do menor».

«Artigo 3.º Todavia a tutela do menor que tiver a sua residência habitual no estranjeiro, estabelecer-se há e exercer-se há em conformidade da lei do lugar, se não fôr ou não puder ser constituída em conformidade das disposições do artigo 1.º ou do artigo 2.º».

«Artigo 4.º A existência da tutela estabelecida em conformidade da disposição do artigo 3.º não tolherá o constituir-se nova tutela nos termos do artigo 1.º ou do artigo 2.º.

«No mais breve prazo possível se dará informação dêsse facto ao govêrno do Estado onde a tutela houver sido primitivamente organizada, o qual avisará a autoridade que tiver instituído a tutela ou, na falta dessa autoridade, o próprio tutor.

«A legislação do Estado onde tiver sido organizada a antiga tutela determinará o momento em que essa tutela há de findar no caso previsto no presente artigo».

«Artigo 5.º Em todos os casos, a tutela principiará e findará nas epocas e pelas causas determinadas na lei nacional do menor».

«Artigo 8.º As autoridades do Estado em cujo território se achar um estranjeiro de menor idade, a respeito do qual se fizer mister organizar a tutela, informarão dessas circunstâncias, logo que delas tiverem conhecimento, as autoridades do Estado a que o menor pertencer.

«As autoridades assim informadas participarão, o mais breve possível, às autoridades que as tiverem avisado, se a tutela foi ou vai ser organizada».

Da leitura e comparação dêstes artigos, vê-se claramente que, *em princípio*, a tutela dos menores nacionais dos Estados contratantes é regida pela lei nacional do menor e é organizada pelas autoridades do seu país (artigos 1.º e 2.º) e que só *subsidiàriamente* é organizada pelas autoridades da residência habitual do menor e regida pela lei vigente no lugar da mesma residência habitual (artigos 3.º e 8.º).

Mas, além da diferença resultante de um regime ser *normal* e o outro *subsidiário*, ainda a análise dos mesmos artigos revela mais duas diferenças. Consiste a primeira em a tutela, no regime normal, ser regulada apenas pela lei

(1) Tratado com a Alemanha, artigo 282.º; tratado com a Hungria, artigo 217.º.

(2) Como temos feito a respeito das convenções anteriormente estudadas, vamos transcrever da obra de Bellemans e Kosters (pág. 710) a lista dos Estados em que a convenção está ou esteve em vigor:

Alemanha	desde	1	de	agosto	de	1904	
Bélgica	»	»	»	»	»	»	
Espanha	»	»	»	»	»	»	
França	»	»	»	»	»	»	até 1 de junho de 1914
Holanda	»	»	»	»	»	»	
Hungria	»	22	»	novembro	»	1911	
Itália	»	15	»	setembro	»	1905	
Luxemburgo	»	1	»	agosto	»	1904	
Portugal	»	»	»	maio	»	1907	
Ruménia	»	»	»	agosto	»	1904	
Suécia	»	»	»	»	»	»	
Suíça	»	15	»	setembro	»	1905	

(3) *La tutelle des mineurs, dàprès la convetion de la Haye du 12 juin 1902*, na *Revue Darras — de Lapradelle*, 1911, pág. 596 e seg., e 1912, pág. 288 e seg.

nacional do menor, como lei normalmente competente, ao passo que, no regime subsidiário, a tutela é regida concorrentemente pela lei nacional e pela lei local, pela primeira, quanto às causas da sua abertura e do seu termo (artigo 5.°) e pela segunda, quanto à sua organização e ao seu exercício (artigo 2.°). Consiste a segunda em que, no regime normal, a tutela é *definitiva*, ao passo que, no regime subsidiário, a tutela é *provisória*, durando sòmente emquanto uma nova tutela não for organizada pelas autoridades nacionais, a qual pode ser a todo o tempo organizada (artigo 4.°).

392 — *Regime normal.* I — *Princípio fundamental.* O princípio que informa o regime que denominámos normal está formulado no artigo 1.° da convenção nestes simples termos: «A tutela do menor é regulada pela sua lei nacional».

Qual será, porém, o alcance do princípio tão singelamente formulado?

Na sessão de Hamburgo de 1891, tinha o Instituto de direito internacional assentado na seguinte doutrina:

«A tutela dos menores é regulada pela sua lei nacional. Esta lei determina a abertura e o fim da tutela, o seu modo de deferimento, de organização e de fiscalização, as atribuïções e a competência do tutor» (1).

Com a doutrina do Instituto conformou-se a comissão de 1894, a qual formulou o artigo 1.° do seu projecto nestes termos: «A tutela de um menor é regida pela sua lei nacional e tem a sua sede no país a que pertence o menor. Esta lei determina a abertura e o fim da tutela, o seu modo de deferimento, organização e fiscalização, as atribuïções e a competência do tutor» (2).

Contudo, quando da discussão do artigo em assemblea geral da conferência, Legrand, delegado da França, observou que se poderia simplificar o artigo, suprimindo como *inútil* o desenvolvimento que a comissão entendeu dever dar ao princípio, e propôs que ao artigo se desse esta redacção: «A tutela de um menor é regulada pela sua lei nacional» (3).

(1) *Actes*, II, pág. 114.
(2) *Actes*, II, pág. 93.
(3) *Annuaire*, XI, pág. 104.

A proposta de Legrand foi votada pela maioria dos delegados, ficando o artigo com a forma simples com que hoje aparece na convenção, tendo a comissão de 1900 adoptado o modo de ver da maioria da conferência de 1894, como expressamente o disse no seu relatório (1).

Tendo sido suprimida por inutil a *especificação* dos assuntos que, pelo projecto da comissão de 1894, entravam na competência da lei nacional do menor, não pode haver dúvida de que esta lei regula: *a*) as causas de abertura e fim da tutela; *b*) o seu modo de deferimento, organização e fiscalização; *c*) e as atribuïções e competência do tutor.

Esta especificação deve, porém, ser considerada como simplesmente exemplificativa. Desde que a convenção se limitou a formular o princípio geral de que a tutela é regulada pela lei nacional do menor, deverá esta ser aplicada sempre que a mesma convenção não disponha o contrário.

393 — II — *Aplicações do princípio.* Conhecido o princípio que informa o regime normal da tutela de menores, vamos determinar as principais aplicações do mesmo princípio, começando pelas

a) *Causas de abertura da tutela.* A tutela é uma instituïção que supre o poder paternal e, por isso, as suas causas são todas as que, durante a menoridade do indivíduo, *suspendem* ou *fazem terminar* o poder paternal, como a morte dos pais, a ausência, a incapacidade civil, a condenação penal, o abuso do poder paternal, a incapacidade moral, as segundas núpcias e a separação de pessoas e bens (2). Todas estas causas de abertura da tutela se encontram em todas ou em algumas das legislações dos Estados contratantes, sendo a lei de cada um dos mesmos Estados que deve aplicar-se para determinar se pode ou não ter lugar a tutela de um menor seu nacional. É expresso o artigo 5.° da convenção, cujo preceito dispõe, como vimos, que «em todos os casos a tutela principiará e findará nas épocas e pelas causas determinadas na lei nacional do menor».

(1) *Actes*, III, pág. 103.
(2) Sôbre as causas da tutela nos diversos Estados contratantes, vide: *Revue Darras — de Lapradelle*, 1908, pág. 531 e seg.; *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 47, n.os 1962 e 1963, pág. 81 e 97.

b) *Competência para organizar a tutela.* Do disposto nos artigos 1.º, 2.º e 3.º, infere-se claramente que a competência para a organização da tutela pertence *primàriamente* às autoridades do país de que o menor é nacional, e só *subsidiàriamente* às autoridades do país onde o menor tem a sua residência habitual.

Esta precedência na atribuïção de competência às autoridades nacionais representa a associação da competência da lei com a competência da jurisdição na organização e exercício da tutela.

O fundamento de semelhante associação, indicou-o a comissão da conferência de 1894 nestas palavras: «A comissão admitiu que, em matéria de tutela, a competência e a legislação andam estreitamente ligadas uma à outra e que haveria grandes inconvenientes em obrigar as autoridades, a que se atribuísse a competência, a aplicar as leis de um Estado estranjeiro» (1).

Com êste modo de vêr da comissão de 1894 concordou a comissão de 1900, lendo-se no seu relatório: «Pareceu inadmissível que a gestão da tutela pelas autoridades de um país estranjeiro fôsse conduzida segundo a legislação do país de que o menor seja nacional. A competência e o direito não são separáveis em matéria de tutela» (2).

Semelhante doutrina não é, porém, isenta de dificuldades, e as dificuldades que ela pode levantar foram formuladas por Beeckmann, delegado da Bélgica, na conferência de 1894, nestes termos: «É um princípio de direito internacional, admitido nos países cristãos, que, quando um facto jurídico se produz em país estranjeiro e exige a intervenção da autoridade pública ou judiciária, esta autoridade é a autoridade territorial, salva a obrigação de esta autoridade aplicar a lei nacional e pessoal. Êste sistema é aplicado hoje em matéria de tutela, entre outros países, na Bélgica e em França» (3).

A dificuldade da doutrina é exactamente a formulada por Beeckman. A organização da tutela representa um acto

(1) *Actes*, II, pág. 112.
(2) *Actes*, III, pág. 103.
(3) *Actes*, II, pág. 92.

de jurisdição, nos Estados de civilização europeia, a doutrina universalmente aceita é informada pelo princípio da *territorialidade das jurisdições*, e a doutrina da comissão de 1894 vinha contrariar êsse princípio, dando competência às autoridades nacionais, em vez de a dar às autoridade territoriais, para organizar a tutela dos menores estranjeiros que tivessem no Estado local a sua residência habitual.

O rigor seria, pois, o seguinte: a intervenção jurisdicional na constituïção e exercício da tutela pertence à autoridade local; esta autoridade deve aplicar a lei substantiva do país de que o menor é nacional.

O rigor dos princípios, podia, porém, ser modificado pelos Estados contratantes, se êstes entendessem que, com vantagem para os menores e sem grande perigo para a sua soberania, a competência para organizar e intervir no exercício da tutela podia ser conferida a autoridades estranjeiras. Foi o que efectivamente fizeram. Modificaram, com a convenção, o rigor de um princípio geral de direito internacional, limitando, como era seu direito, a competência das suas respectivas autoridades tutelares.

Assente que a competência para a constituïção da tutela pertence primàriamente às autoridades nacionais, importa determinar quais são as autoridades nacionais que, segundo a convenção, podem proceder à organização da mesma tutela.

A tutela de um menor residente em país estranjeiro pode ser organizada, ou pela autoridade tutelar que funciona no país do menor, ou pelos agentes diplomáticos e consulares do mesmo país no Estado da residência.

Como determinar, pois, em cada caso particular, se a competência pertence à autoridade tutelar comum ou à autoridade diplomática ou consular?

Esta questão é exclusivamente resolvida pela lei interna de cada um dos Estados contratantes. Essa lei fixa a *sede* da tutela e, segundo a sede da tutela deva ser no país ou no estranjeiro, assim a tutela deverá ser organizada pela autoridade tutelar comum, ou *poderá* sê-lo pela autoridade diplomática ou consular.

Para ser competente a autoridade diplomática ou consular, não basta, porém, que esta autoridade tenha compe-

tência segundo a lei do país que representa; é indispensável que o Estado local consinta o exercício dessa competência.

Sendo assim, importa verificar qual a autoridade portuguesa competente para organizar a tutela de menores portuguezes residentes em país estranjeiro, e se os agentes diplomáticos e consulares estranjeiros podem organizar em Portugal a tutela de menores seus nacionais.

1.°) *Tutela de menores portugueses em país estranjeiro.* A tutela de um menor português residente em país estranjeiro pode ser organizada, ou em Portugal pela autoridade tutelar comum, ou no país da residência pelos agentes diplomáticos ou consulares portugueses.

α) *Competência da autoridade tutelar portuguesa comum.* A tutela de um menor nacional de um dos Estados contratantes residente em algum dos outros Estados contratantes só se organiza no país da residência quando, segundo a lei nacional do menor, não deva ser organizada no Estado de origem (Conv., artigo 2.°).

Ora é certo que a lei portuguesa não priva expressamente a autoridade tutelar comum de competência para organizar a tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro e, por isso, importa averiguar se e quando a mesma autoridade poderá organizar semelhante tutela.

Segundo o direito português, a tutela supre o poder paternal (código civil, artigo 185.°) e, por isso, deve instalar-se a tutela sempre que o filho seja menor e o poder paternal termine ou seja suspenso, ou o filho não esteja sujeito ao poder paternal, como no caso de perfilhação judicial contestada pelos pais (Código citado, artigo 166).

No caso de morte ou de ausência dos pais, a organização da tutela é da competência do juízo do inventário (código civil, artigos 96.° e 189.° a 192.°; Código de processo civil, artigos 28.°, 29.° e 741.°) e, no caso de interdição do pai, o tutor dêste é o tutor do filho e, por isso, a organização da tutela é da competência do juízo da interdição (código civil, artigos 329.° e 339.°). Nos demais casos, a tutela deve ser organizada no juízo do domicílio próprio do menor (código citado, artigo 188.°).

Sendo assim, da combinação do artigo 2.° da convenção e do direito interno português acêrca da competência para a

constituïção da tutela, resulta que a autoridade tutelar portuguesa comum é competente para constituir a tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro: *primeiro* — sempre que a tutela tenha de ser instituída por falecimento, ausência ou interdição dos pais, e os tribunais portugueses sejam competentes para proceder ao respectivo inventário ou à interdição; *segundo* — sempre que a tutela possa ou deva ser instituída em processo independente e o menor residente em país estranjeiro deva ser considerado como tendo o seu domicílio em Portugal, como acontecerá, por exemplo, com o menor que, sem a intenção de deixar o país e aqui vindo passar as férias, siga os seus estudos em país estranjeiro.

β) *Competência dos agentes diplomáticos e consulares.* A leitura do artigo 2.° da convenção mostra que a competência dos agentes diplomáticos ou consulares para a organização da tutela depende das seguintes condições: α') ter o menor *residência habitual* no Estado onde aqueles agentes exercem as suas funções; β') serem os mesmos agentes autorizados pelo Estado que representam a organizar a tutela dos menores seus nacionais; γ') não haver oposição por parte do Estado local.

α') A competência dos agentes diplomáticos e consulares depende de o menor ter no Estado local a sua residência habitual. Qual será, pois, o valor da fórmula — *residência habitual?*

No projecto da comissão de 1894 (1), empregavam-se concorrentemente as fórmulas *menor residente* (artigo 3.°) e *menor domiciliado* (artigo 4.°), entendendo-se, por isso, que o regime proposto era para os menores domiciliados em país estranjeiro.

A conferência de 1894 suprimiu a fórmula *menor domiciliado,* deixando simplesmente a fórmula *menor residente,* pela razão de que o menor não tem domicílio próprio, mas segue o domicílio dos pais ou do tutor (2).

A comissão de 1900 substituiu, porém, a fórmula votada em 1894 pela fórmula — *residência habitual,* explicando

(1) *Actes,* II, pág, 114.
(2) *Actes,* II, pág. 94.

assim a modificação: «A comissão substituiu neste artigo, bem como nas disposições seguintes, às palavras «residente» e «residência», as expressões «residente habitualmente» e «residência habitual». A residência não caracterizada pela estabilidade expressa pelo qualificativo que se ajuntou parece imprópria para servir de base às situações jurídicas a que anda associada como elemento determinante. Os termos «domicílio» e «domiciliado» foram afastados pelas razões aceitas já pela segunda conferência» (1).

Fica, pois, patente que o critério aceito pela conferência de 1900, que é o critério da convenção, foi o critério da *estabilidade* da residência, afastando assim toda a residência *eventual*, e afastando igualmente todas as dificuldades jurídicas que poderiam surgir ao determinar se o menor tinha ou não o seu domicílio no Estado local.

β') A segunda condição consiste em os agentes diplomáticos e consulares serem autorizados pelo Estado que representam a organizar a tutela dos seus nacionais.

Os artigos 181.° e 205.° e seg. do regulamento consular, de 7 de março de 1920, autorizam os funcionários consulares a proceder a inventário e a organizar a tutela de súbditos portugueses, quando para isso lhes dêm competência os tratados ou convenções vigentes e quando, na falta de tratado ou convenção, tal competência lhes seja reconhecida pelas leis e usos locais por que se regerem em cada país os cônsules das nações estranjeiras. Não há, pois, dúvida de que os agentes consulares têm, em princípio, competência para organizar a tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro.

γ') Em último lugar, para que os agentes diplomáticos ou consulares possam organizar a tutela dos seus nacionais, é necessário que não haja oposição por parte do Estado local.

A comissão de 1894 propunha já o reconhecimento da tutela diplomática e consular e apenas a tornava dependente das duas condições de o menor estar domiciliado em país estranjeiro e de a lei nacional do menor atribuir aos agentes diplomáticos e consulares competência para êsse efeito, não reconhecendo a necessidade do consentimento do Estado

(1) *Actes*, III, pág. 103.

local, sendo a sua doutrina votada pela conferência daquele ano (1).

Contudo, a conferência de 1900, mercê, sobretudo, de uma proposta do govêrno alemão (2), proposta já feita sem resultado pela delegação belga na conferência de 1894 (3), resolveu no sentido da necessidade daquele consentimento, votando a doutrina que hoje se lê na convenção (4).

Mas, se o Estado local pode opor-se à tutela diplomática ou consular, que *forma* deverá revestir a oposição?

A convenção não qualifica a forma da oposição e, por isso, esta tanto pode ser *expressa*, como pode ser *tácita*, resultando da prática do Estado local no sentido de não permitir que os agentes diplomáticos e consulares estranjeiros organizem a tutela dos seus nacionais.

Sendo assim, os agentes diplomáticos e os cônsules de Portugal deverão sempre verificar se existe preceito expresso que lhes permita ou proíba organizar a tutela de menores portugueses residentes na respectiva circunscrição, como é, por exemplo, a lei holandêsa de 7 de julho de 1907, cujo artigo 5.° reconhece aos agentes diplomáticos e consulares dos Estados contratantes o direito de organizar a tutela de menores seus nacionais, ou, na falta de preceito expresso, se a prática do Estado local é no sentido de permitir ou de proïbir a tutela diplomática ou consular.

Claro é que não precisarão de proceder a essa averiguação quando um tratado ou convenção lhes reconhecer expressamente o direito de organizar a tutela, como acontece com as convenções consulares com a Espanha (21-II-1870, art. 19.°) e com a Itália (30-IX-1878, art. 9.°), convenções que devem considerar-se persistentes, pois são compatíveis com a convenção da Haia, e até a completam no ponto em questão.

2.°) *Tutela de menores estranjeiros residentes em Portugal.* A competência da autoridade tutelar comum do Estado de que o menor fôr nacional depende exclusivamente da lei dêsse Estado.

(1) *Actes*, II, pág. 112 e 114.
(2) *Documents*, de 1900, pág. 52 e 53.
(3) *Actes*, II, pág. 94.
(4) *Actes*, III, pág. 92 a 94, 105, 135 e 136.

A competência dos agentes diplomáticos e consulares do mesmo Estado depende, porém, simultâneamente da lei de tal Estado e da lei portuguesa, não podendo tais agentes organizar a tutela senão quando, sendo autorizados pela lei do Estado que representam, o direito português a isso se não opuser.

Qual será, pois, o modo de ser do direito português sôbre o assunto?

Não há nas nossas leis qualquer preceito que expressa e directamente resolva a questão, nem no sentido de proïbir nem no sentido de permitir a tutela diplomática ou consular de menores estranjeiros residentes em Portugal.

Cremos, porém, que, salvo tratado em contrário, o direito português se opõe à tutela diplomática ou consular.

É, para nós, um princípio certo de direito internacional que as leis de competência e processo são leis de competência localizada e, como tais, aplicáveis no Estado legislador tanto a nacionais como a estranjeiros. Sendo assim, como aplicáveis a nacionais e a estranjeiros se devem considerar todos os preceitos das nossas leis que respeitem a competência ou processo. E como dominando os mesmos preceitos deve ser tido o princípio formulado no artigo 2.º do Código de processo comercial, nestes termos: «Todas as disposições dêste Código serão aplicáveis a questões comerciais com estranjeiros, excepto no caso em que a lei expressamente determine o contrário, ou se existir tratado ou convenção especial que de outra forma as determine e regule».

É êste, com efeito, o princípio verdadeiro de direito internacional judiciário, que domina a organização e competência dos tribunais de justiça e informa a aplicação das leis de processo, princípio geralmente designado *princípio da territorialidade das jurisdições,* que é o princípio universalmente seguido nos Estados de civilização europeia e que, nos mesmos Estados, só uma regra de direito interno ou um tratado podem modificar, ao contrário do que acontece nos Estados de capitulações, onde vigora o *princípio da personalidade das jurisdições* (1).

Ora, sendo certo que a intervenção da autoridade pública

(1) L. 1, n.º 47; supra, n.º 261.

na constituïção e na direcção ou fiscalização da tutela representa uma série de actos de jurisdição, resulta que os cônsules estranjeiros não poderão organizar em Portugal a tutela dos seus nacionais, a não ser que um tratado ou um preceito da lei portuguesa lhes confira para isso jurisdição.

Tratados nenhuns existem, quanto aos Estados contratantes, senão as convenções consulares com a Espanha e com a Itália, que expressamente conferem aos cônsules competência para organizar a tutela.

Toda a questão se reduz, pois, a verificar se o direito português a isso se opõe ou deixa de opor-se.

Ora, antolha-se-nos fora de dúvida que o princípio da territorialidade das jurisdições foi consagrado pelos preceitos das nossas leis relativos à competência para a organização da tutela.

Segundo os artigos 188.º a 191.º do Código civil e 28.º, 29.º e 741.º do Código de processo civil, a competência para a organização da tutela pertence ao juízo do inventário ou, quando não há inventário, ao juízo do domicílio do menor. E a competência de um ou de outro juízo é estabelecida sem restrições e sem distinção entre nacionais e estranjeiros, devendo, por isso, entender-se que abrange uns e outros. E isto tanto mais, quanto é certo que os artigos 28.º e 29.º do Código de processo civil se encontram na secção que trata da competência em geral e onde se definem, por isso, princípios de competência dos tribunais portugueses para todas as espécies de acções — sôbre estado das pessoas, sôbre obrigações, sôbre direitos reais, sôbre relações de família e sôbre sucessões —, o que mostra que a constituïção da tutela entra na competência dos tribunais portugueses pelo mesmo título por que aí entram as acções em geral. Ora, porque ninguém discutiria que em Portugal só os tribunais portugeses podem conhecer, por exemplo, de acções de obrigação ou sôbre direitos reais, também não poderá discutir-se que sómente os tribunais portugueses poderão em Portugal proceder à organização da tutela, ou se trate de menores portugueses ou de menores estranjeiros. Isto é, os artigos 28.º e 29.º do Código de processo civil, não só por estabelecerem regras de competência, mas ainda pelo lugar onde se encontram, mostram que *só* os tribunais portugueses são

competentes para em Portugal proceder à organização da tutela.

Mas, se as disposições das nossas leis não podem deixar de ser entendidas no sentido de que, salvo tratado em contrário, a organização da tutela é da exclusiva competência dos tribunais portugueses, é lógica a conseqüência de que o direito português comum se opõe à tutela diplomática ou consular.

Nem contra esta doutrina poderá dizer-se que o regulamento consular dá competência aos cônsules portugueses para a organização da tutela. A circunstância de o legislador dar aos cônsules portugueses competência para organizar a tutela apenas poderia legitimar a presunção de que competência igual seria reconhecida aos cônsules estranjeiros em Portugal, mas semelhante presunção nunca poderá prevalecer contra preceitos da lei portuguesa que contêm doutrina contrária, pois é certo que os preceitos relativos à competência dos cônsules não podiam revogar implicitamente as leis que definem a competência das autoridades portuguesas internas.

c) *Organização da tutela.* A organização da tutela, isto é, a determinação dos seus órgãos, a criação dêstes órgãos, e o regime das suas funções e as suas relações, é, sem a mínima dúvida, regulada pela lei nacional do menor.

Um ponto, porém, exige alguns esclarecimentos. É o que se refere à *exclusão, remoção* e *escusas* da tutela.

A convenção não resolveu a questão da lei reguladora de nenhum dêstes factos. Foi, porém, a questão versada nos trabalhos preparatórios, apurando-se, na análise dêstes trabalhos, duas coisas: 1.°) que as causas de exclusão e de remoção do tutor são reguladas pela lei nacional do menor; 2.°) que, no pensar da comissão, não convinha invocar a lei nacional do menor para regular as causas de escusa da tutela (1).

Sendo assim, é indispensável completar esta ilação *negativa* com a determinação *positiva* da lei reguladora das causas de escusa da tutela, ou melhor, da lei reguladora da obrigação de assumir o mandato de tutor.

Nos trabalhos preparatórios foram referidos três sistemas: o sistema da *lei nacional do menor,* o sistema da *lei nacional do tutor,* e o sistema da *lei do lugar da tutela.* E Japiot (1), versando a questão, segue um quarto sistema, o da *aplicação cumulativa da lei nacional do tutor e da lei nacional do menor.*

(1) *Actes,* III, pág. 92 e 103; *Documents,* de 1900, pág. 52, 53 e 116.

Qual dos quatro sistemas merecerá juridicamente a preferência?

Sem desenvolver muito o assunto, por a sua importância o não merecer, diremos que o único sistema que nos parece lógico é o de reconhecer como competente para determinar as escusas da tutela a mesma lei que determina os seus órgãos.

Com efeito, se uma determinada lei é aceitável para indicar quais os órgãos de que há de ser composta a tutela, forçoso é aceitá-la também para determinar as condições necessárias para a formação dos seus órgãos. Seria à simples vista absurdo que fôsse competente a lei portuguesa para declarar que a tutela seria composta de um tutor, de um protutor, de um curador e de um conselho de família, e que fôsse competente a lei inglesa, francesa ou italiana para determinar as condições a que deveriam satisfazer ou em que poderiam escusar-se o tutor, o protutor, o curador ou os membros do conselho de família. Sendo assim, a lei competente para regular a exclusão, a remoção e as escusas da tutela deve ser a lei que determina os seus órgãos e, portanto, à face da convenção, ou a lei do país do menor, ou a lei do país de residência (2).

d) *Administração da tutela.* Também não pode haver dúvida de que a administração da tutela, isto é, o seu *exercício,* é regulada pela lei nacional do pupilo.

Esta doutrina requere, porém, algum desenvolvimento, relativamente à esfera de aplicação da lei nacional do menor.

Esta lei aplica-se, em geral, pelo que respeita tanto à *regência da pessoa* como à *gerência do património* do pupilo. Di-lo formalmente a primeira alínea do artigo 6.°

(1) *Revue* cit. pág. 610.

(2) Sôbre a questão suscitada no texto, vide: Savigny, *Traité de droit romain,* tomo VIII, página 343; Weiss, *Traité,* tomo III, página 376; Grouitch, *De la tutelle des mineurs en droit international privé,* Paris, 1897, página 170; Surville et Arthuys, ob. cit., n.° 325; Despagnet, ob. cit., n.° 239.

quando determina: *«A administração tutelar abrange a pessoa e a totalidade dos bens do menor, qualquer que seja o lugar da sua situação»*.

É claro que a convenção só tem em vista os actos de administração tutelar que são praticados ou produzem efeito fora do Estado de que o menor é nacional e, por isso, importa determinar as *condições* e medir, com precisão, o *alcance* de aplicação exterritorial da lei nacional do menor, quer sob o ponto de vista da regência da sua pessoa, quer sob o ponto de vista da gerência do seu património.

1.º) *Condições.* Segundo o direito interno de qualquer país, o tutor é nomeado ou confirmado pelo poder público, e daí a natural pergunta se o exercício da tutela fora do Estado da sua constituïção está sujeito a *exequatur* ou a qualquer acto de confirmação da autoridade local. A resposta é que nenhum *exequatur* ou acto de confirmação se torna necessário.

O artigo 6.º declara que a administração tutelar abrange a pessoa e a totalidade dos bens do menor, seja qual for o país da sua situação, sem sujeitar a constituïção da tutela a qualquer confirmação das autoridades do Estado onde o tutor exerça as suas funções, sempre que êle pratique actos de administração tutelar fora do Estado cujas autoridades organizem a tutela, o que indica que é suficiente que o tutor tenha por si mesmo autoridade para praticar os actos de administração tutelar ou que esteja para isso habilitado pelos outros órgãos da tutela, sem que os tribunais locais tenham que interferir no reconhecimento da sua autoridade e, portanto, na confirmação da tutela.

Esta doutrina é confirmada pelo artigo 9.º da convenção de 17 de julho de 1905, relativa à interdição, onde se dispõe: «A interdição decretada pelas autoridades competentes, em conformidade das precedentes disposições, surtirá, pelo que respeita à capacidade e à tutela do interdito, os seus efeitos em todos os Estados contratantes, sem dependência de *exequatur*».

Êste artigo, emquanto determina que a tutela do interdito não está sujeita a *exequatur*, revela claramente a orientação das conferências no sentido de não tornar dependente o exercício da tutela de menores de qualquer acto de confirmação da mesma tutela pelas autoridades do Estado onde o tutor exerça as suas funções. Em verdade, se a própria tutela do interdito, que supõe uma sentença de interdição, não está sujeita a *exequatur*, por maioria de razão se deve supor que as conferências não quiseram sujeitar a confirmação a tutela dos menores.

2.º) *Alcance.* α) *Regência da pessoa.* São actos de gestão relativos à pessoa do menor a sua direcção e educação, a repreensão e correcção, a escolha da profissão, a autorização do casamento e a emancipação (Código civil, art. 224.º, n.ºs 7.º, 12.º, 18.º e 22.º, e artigo 243.º, n.ºs 1.º, 2.º e 3.º). Os poderes do tutor, e dos órgãos da tutela em geral, para todos êstes actos são os determinados pela lei da tutela, isto é, pela lei nacional.

De um modo geral, a aplicação da lei da tutela para regular os actos relativos à pessoa do menor não encontra dificuldades. Em dois pontos, porém, dificuldades podem aparecer. É o primeiro relativo ao *direito de correcção* dos menores, e referente o segundo à *forma dos actos* que os órgãos da tutela tenham de praticar quanto à pessoa do menor, quando êsses actos devam revestir maior ou menor solenidade, como pode acontecer relativamente à autorização para o casamento e à emancipação do menor.

A primeira dificuldade aparece quando o tutor pretende exercer o poder de correcção fora do país cuja lei regula a tulela e haja divergência entre a lei da tutela e a lei do lugar onde se pretenda exercer aquele poder, quer quanto à *extensão* do direito de correcção, quer quanto ao *meio de realização* dêsse direito.

Para verificar a possibilidade dessa dificuldade, basta atender, por exemplo, a que: o direito sueco limita-se a reconhecer aos tutores o direito de correcção de um modo geral; o direito português reconhece ao tutor o poder de, autorizado pelo conselho de família, requerer ao poder judicial que mande internar o menor numa casa de correcção pelo prazo de seis mêses; e o direito italiano reconhece ao conselho de família, se o tutor lhe expuser graves motivos de queixa pelo mau procedimento do menor, o direito de recorrer à autoridade judicial para o efeito de o recolher num estabelecimento de educação ou de correcção, sem

limitar o tempo por que podem ser decretadasas medidas da autoridade judicial (1).

A existência destas divergências entre as legislações dos Estados contratantes quanto ao direito de correcção e a circunstância de o direito de correcção concedido aos pais sôbre os filhos menores e aos tutores sôbre os pupilos ser geralmente considerado como entrando na esfera de acção das leis de ordem pública (2), suscitam a questão sôbre se o direito de correcção também é regulado pela lei da tutela ou se é regulado pela lei do lugar onde for exercido, como lei de ordem pública internacional.

Parece-nos incontestável que, em princípio, o direito de correcção é regulado pela lei da tutela. Em verdade, tem sido princípio invariàvelmente seguido pelas convenções da Haia que, quando essas convenções devam permitir que a lei normalmente competente para regular uma relação ou uma instituïção jurídica seja modificada, na sua aplicação, pelas leis locais de ordem pública internacional, deve isso ser estabelecido expressamente, quer indicando-se especificadamente os preceitos das leis locais que podem modificar as leis estranjeiras normalmente competentes, quer facultando-se aos Estados contratantes declarar quais as leis que, sôbre determinados assuntos, êles considerarão de ordem pública internacional, e nada disto se fez quanto ao direito de correcção.

Contudo, também é certo que, quando o tutor precisa de recorrer à autoridade judicial para exercer o direito de correcção, não estão em jôgo apenas as suas funções, mas também as daquela autoridade e, se a lei da tutela é competente para regular as atribuïções do tutor, não tem a mesma lei competência para regular as atribuïções da autoridade judicial do país onde for exercido o direito de correcção, e daí resulta que o tutor, na hipótese de o exercício

(1) Decreto de 27 de maio de 1911, artigo 71.º; código civil italiano, artigos 221.º, 222.º, 223.º e 279.º; Lehr, *Eléments de droit scandinave*, pág. 332 e 348. Devemos notar, como fizemos a respeito do poder paternal (pág. 669, nota (2)), que, emquanto o decreto de 27 de maio não estiver em plena execução, os tutores apenas poderão pedir o internamento dos pupilos em casos de correcção até o prazo de trinta dias, nos termos dos artigos 143.º e 243.º, n.º 3.º, do Código civil.

(2) Grouitch, ob. cit., pág. 191; Weiss, *Traité*, III, pág. 379.

de tal direito supor a cooperação da autoridade judicial, só poderá usar os meios de correcção que forem simultâneamente reconhecidos pela lei da tutela e pela lei do lugar onde o referido direito for exercido, pois só nesses meios poderá cooperar a autoridade judicial do Estado local. E assim chegamos ao corolário de que deve admitir-se, em face da convenção da tutela, o princípio estabelecido pela alínea 2.ª do artigo 1.º da convenção de 17 de julho de 1905 relativa aos efeitos do casamento, a qual determina que os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais sòmente poderão ser sancionados pelos meios que simultâneamente permitir a lei nacional dos cônjuges e a lei do país onde a sanção for requerida (1).

Ainda importa notar que, no exercício da tutela, compete aos órgãos desta praticar actos de regência da pessoa do menor que devem ou podem revestir maior ou menor solenidade. É o que acontece, designadamente, a respeito do consentimento para contraír casamento, que é um acto *habilitante* da maior importância.

O regime dêstes actos é, porém, simples. A sua *exigência* ou a sua *permissão* é determinada pela lei nacional do menor, e a sua *forma* é a estabelecida pela lei do lugar em que são praticados. Tem aqui aplicação o que acima dissemos acêrca da prestação do consentimento para o casamento de menores (2).

β) *Administração dos bens do menor.* Na administração dos bens de um menor sujeito a tutela, a prática dos actos de administração é naturalmente distribuída pela lei entre os diferentes órgãos da tutela, cuja liberdade de acção é igualmente regulada pela lei. Varia, porém, de legislação para legislação, tanto a *competência* dos órgãos da tutela, como a *regulamentação* do exercício dessa competência, tal divergência legislativa pode originar conflitos de leis nas relações dos Estados contratantes e, por isso, importa estabelecer princípios segundo os quais, em face da convenção, os mesmos conflitos devam ser resolvidos.

Em princípio, não há que hesitar. A lei competente é a

(1) Supra, n.º 343.

(2) Supra, pág. 396.

que em geral regula a administração da tutela e, por isso, serão as atribuïções do tutor e dos demais órgãos da tutela reguladas pela lei nacional do menor.

A aplicação prática do princípio de que as atribuïções dos órgãos da tutela relativamente aos bens do menor são reguladas pela lei da tutela encontra, porém, algumas dificuldades no que respeita às funções do tutor, que é o órgão principal da tutela.

Essas dificuldades podem derivar, quer de os actos de gestão se referirem a bens imóveis, quer de, na realização dos mesmos actos, dever intervir a autoridade pública. Assim, emquanto pelo direito português (Código civil, artigo 243.°, n.° 6.°), o tutor apenas pode, sem autorização do conselho de família, arrendar os imóveis do menor por tempo que não exceda três anos, o direito belga (Código civil, artigos 1429.°, 1430.° e 1718.°) permite ao tutor arrendar os imóveis do menor por um período de nove anos sem autorização do conselho de família; e, emquanto, pelo direito português, os arrendamentos superiores a três anos não só devem ser autorizados pelo conselho de família, mas devem ser feitos em hasta pública (Código civil, artigo 265.°), pelo direito alemão (Código civil, artigo 1822.°, n.° 4.°), é *sempre* exigida autorização do tribunal das tutelas e *nunca* se exige a *hasta pública*. Destas divergências legislativas nascem as duas questões: α') Sempre que a gestão tutelar se refira a bens imóveis sitos num país diferente daquele cuja autoridade tiver organizado a tutela, os poderes do tutor são ainda determinados pela lei da tutela ou passarão a sê-lo pela *lex rei sitæ?* β') A necessidade da intervenção da autoridade judicial ou de outra autoridade pública na prática de actos de gestão tutelar é determinada pela lei da tutela ou pela lei do lugar onde o acto é praticado?

α') A primeira questão nasce de o regime jurídico dos bens imóveis ser em princípio regulado pela lei da sua situação e de a convenção haver aceitado essa doutrina no artigo 6.°, dispondo que a administração tutelar não abrange os bens imóveis postos pela lei da sua situação sob um regime predial especial, o que significa que a administração tutelar deixa de ser regulada pela lei da tutela, que é a lei normalmente competente para a regular, para ficar sujeita

aos preceitos da lei da situação dos bens submetidos a um regime predial especial. Como deverá ser resolvida esta questão? Deixando para mais tarde a determinação exacta do alcance do preceito da alínea 2.ª do artigo 6.° da convenção, diremos por agora que a *regra* é que a administração tutelar é reguladapela lei da tutela, que o preceito da alínea 2.ª do artigo 6.° da convenção representa uma *excepção*, que o regime excepcional tem de restringir-se ao fim preciso para que foi formulado (Código civil, artigo 11.°), e que êsse fim se delimita pela fórmula — *regime predial especial*. A lei da tutela só deixará, pois, de ser competente para regular os actos de gestão tutelar relativos a bens imóveis pertencentes ao menor, quando a lei da situação submeta êsses bens a um regime predial especial.

3.ª) A segunda questão relaciona-se com o carácter e com o valor que devam ser atribuídos à *hasta pública* nos arrendamentos ou na alienação dos bens dos menores. Será a hasta pública um *meio de protecção* dos incapazes ou será simplesmente um elemento de *forma* dos actos jurídicos de arrendamento ou de alienação dos bens dos mesmos incapazes?

Parece-nos que a hasta pública deve ser considerada como um meio de protecção dos incapazes. Em verdade, a hasta pública não constitui o meio normalmente empregado para realizar os actos jurídicos de arrendamento ou venda dos bens de qualquer pessoa, mas sim um meio extraordinário empregado para garantir devidamente os interesses de certas pessoas que, por virtude da sua incapacidade ou por outras circunstâncias, precisam de garantias especiais.

Sendo assim, torna-se evidente que a hasta pública aparece como um meio de protecção do menor, tem um valor semelhante aos actos de autorização e, por isso, a sua necessidade ou a sua não exigência devem ser determinadas pela lei da tutela.

Isto não quere dizer que a lei do lugar onde o acto é praticado não tenha também uma função a desempenhar. Fica sempre competente para regular a forma que deve revestir a hasta pública. Isto é, a hasta pública, como acto de intervenção da autoridade pública para a prática de actos de gestão tutelar, é regulada pela lei da tutela, mas a deter-

minação da forma mesma da hasta pública e da autoridade perante a qual deve de efectuar-se dependem da lei do lugar da sua realização.

e) *Fim da tutela. Contas da administração tutelar. Responsabilidade do tutor.* A lei nacional do menor, assim como fixa as *causas de abertura* da tutela, assim determina as *causas que lhe põem fim.* Assim era lógico e assim o entendeu a convenção, associando no artigo 5.º, para as submeter ao império daquela lei, as causas por que *começa* e as causas por que *acaba* a tutela. A lei nacional do menor regulará, pois, se e em que termos a maioridade, a emancipação, a legitimação, a perfilhação e a adopção fazem terminar a tutela.

Não contém a convenção qualquer preceito acêrca da lei reguladora, nem da *prestação de contas* pelo tutor, nem da *responsabilidade* em que êste possa incorrer na administração tutelar. A determinação dessa lei não pode, porém, em princípio, oferecer dificuldade.

A prestação de contas pelo tutor constitui um meio de verificar a *regularidade* da gestão tutelar na administração dos bens do menor e, por isso, é naturalmente reguladà pela mesma lei que rege essa administração, que é a lei nacional do menor, no regime que denominámos normal.

A responsabilidade dos órgãos da tutela resulta do seu *desleixo* ou da sua *falta de probidade* na administração dos bens do menor. É, portanto, lógico que também essa responsabilidade seja regulada pela lei que rege a administração tutelar. Referimo-nos, é claro, à responsabilidade civil, isto é, à indemnização de perdas e danos, pois que a responsabilidade criminal, quando possa havê-la, é regulada pela lei do Estado onde fôr punido o facto criminoso.

Sendo assim, a lei da tutela determinará se o menor goza ou não de hipoteca legal sôbre os bens do tutor contra a má gestão da tutela sob o ponto de vista patrimonial.

E se a lei da tutela admitir a hipoteca legal, mas esta não for reconhecida pela lei do lugar da situação dos bens, ainda prevalecerá a mesma hipoteca, como garantia das obrigações do tutor para com o pupilo?

É esta uma questão comum a todos os casos de hipoteca legal e, por isso, reservamos a sua análise para o capítulo em que estudarmos o regime jurídico internacional dos direitos reais de garantia, designadamente, da hipoteca.

394 — III — *Limitações.* Para concluir o estudo do regime normal da tutela segundo a convenção, resta-nos indicar as limitações ao princípio de que a tutela, nesse regime, é regulada pela lei nacional do menor.

Algumas limitações já nós as encontrámos no decurso dêste estudo, pelo que apenas as vamos recordar. São as que respeitam à aplicação do princípio *locus regit actum* à forma dos *actos habilitantes* ou dos *actos de gestão* praticados fora do país de que o menor é nacional [1], e à necessidade de concordância da lei nacional do menor e da lei local, como lei de ordem pública, acêrca dos meios de sanção do direito de correcção que supõem a intervenção da autoridade pública [2].

Duas novas limitações importa, porém, apontar, uma relativa à *administração dos bens imóveis* do menor, e respeitante a outra aos regimes de *protecção da infância* que sejam estabelecidos nas leis dos Estados contratantes, não no simples interesse dos menores, mas no interesse directo da sociedade.

a) *Administração dos bens imóveis.* O artigo 6.º da convenção, ao mesmo tempo que submete a administração tutelar à lei nacional do menor, acrescenta na alínea 2.ª: «Esta regra é susceptível de excepção quanto aos imóveis colocados pela lei da sua situação sob um regime territorial especial».

Qual será o alcance desta excepção?

Em primeiro lugar, faremos uma observação que resulta da letra do artigo. Diz-se no texto francês — *Cette règle peut recevoir exception,* e verte-se na tradução oficial portuguesa — *Esta regra é susceptível de excepção,* o que mostra que não é *obrigatória,* mas *facultativa,* a competência da lei da situação dos imóveis, para regular a administração tutelar dêsses bens, quando pertencentes a menores estranjeiros, mesmo que a lei da situação sub-

[1] Supra, pág. 689 e 690
[2] Supra, pág. 687 e seg

meta os mesmos bens a um regime predial especial. Pode a lei da situação limitar a sua competência aos imóveis pertencentes a menores nacionais. Da reserva da competência da *lex rei sitæ* só é, pois, juiz o Estado da situação, o qual aplicará ou não a sua lei aos estranjeiros, segundo convier aos seus interesses.

Em segundo lugar, notaremos que, da história da excepção estabelecida pelo artigo 6.° a respeito dos imóveis submetidos pela lei da situação a um regime predial especial, resultam duas ilações, que definem o conteúdo da excepção: 1.°) a excepção não abrange quaisquer disposições da lei da situação dos imóveis que regulam a administração tutelar dos bens imóveis, mas simplesmente os preceitos dessa lei que se refiram ao regime predial dos bens, como será, por exemplo, um preceito de lei que estabeleça a indivisibilidade ou a inalianibilidade dêsses bens; 2.°) deve ser respeitada e aplicada a *lex rei sitæ* sempre que, por uma razão económica ou por uma razão política, os bens imóveis estiverem sujeitos a um regime predial especial, quer essa lei proïba ou prescreva actos que são permitidos ou proïbidos pela lei da tutela, quer subtraia os mesmos bens à gestão do tutor nomeado no estranjeiro (1).

b) *Regimes de protecção da infância.* Concorrentemente com a tutela, como regime normal da protecção dos menores cujos pais faleceram ou estão impedidos de exercer o poder paternal, estabelecem algumas legislações um regime especial de protecção dos menores que, por abandôno ou mau procedimento dos pais ou dos tutores, se encontram em *perigo moral,* podendo fàcilmente resvalar para o caminho do crime ou da corrupção. Está nessas condições a lei francesa de 24 de julho de 1889 e o nosso decreto de 27 de maio de 1911, que organizou e regulamentou a *Tutoria da infância.*

As instituïções criadas por tais leis estarão sujeitas ao regime estabelecido pela convenção, ou representarão, nos respectivos Estados, instituïções de ordem pública internacional, compreendendo na sua acção tanto os menores nacionais como os menores estranjeiros?

(1) *Actes*, II, pág. 113 e 114; *Actes*, III, pág. 99, 100, 104, 106 e 145; Conf. Japiot, *Revue* cit., pág. 294.

Em França, depois de maiores ou menores hesitações, a doutrina e a jurisprudência pronunciaram-se preponderantemente no sentido de que a lei de 1889 é uma lei de ordem pública internacional, aplicável a nacionais e estranjeiros.

E a mesma doutrina deve seguir-se entre nós, como sustentou a *Revista de legislação e de jurisprudência* (1) e como acima procurámos demonstrar, a respeito do poder paternal (2).

A convenção nunca *qualificou* a tutela cujo regime veio estabelecer, mas, dando o predomínio à lei nacional, bem mostrou que tinha em vista a tutela como regime de protecção da *menoridade considerada em si mesma,* e não da *menoridade abandonada ou posta em perigo moral,* que pode converter as crianças num viveiro de criminosos ou de corruptos, a qual devia ficar naturalmente entregue às leis de protecção social do Estado onde os menores se encontrem, leis que em toda a parte são aplicáveis tanto a nacionais como a estranjeiros.

395 — *Regime subsidiário.* I — *Princípio fundamental.* O princípio que, fundamentalmente, domina o regime subsidiário da tutela estabelecido pela convenção é o seguinte: a tutela é regulada, em regra, pela lei da residência habitual do menor, aplicando-se também a lei nacional do menor, como lei normalmente competente, quando a convenção o determinar. É a doutrina que resulta, com clareza, da leitura e comparação dos artigos 3.° e 5.° da convenção.

Em verdade, por um lado, o artigo 3.° dispõe que a tutela *será exercida e organizada* em harmonia com a lei do lugar da residência habitual do menor, quando não o for ou não o puder ser pelas autoridades nacionais, e, por outro lado, o artigo 5.° determina que as causas de abertura e termo da tutela serão *sempre* reguladas pela lei nacional, isto é, mesmo quando a tutela for organizada pelas autoridades locais, o que nos mostra que a convenção associou as duas leis, com predomínio da lei local.

(1) Ano 46, n.° 1397, pág.
(2) Supra, n.° 389.

... aplicações do princípio. a) *causas de abertura da tutela.* Aqui os dois regimes coincidem. A lei aplicável é a lei nacional do menor (Conv., artigo 5.º).

b) *Competência para organizar a tutela.* Esta competência pertence à autoridade tutelar comum do país da residência habitual do menor.

Não quis a convenção que um menor estranjeiro, nas circunstâncias de facto que tornam necessária a tutela para a direcção da sua pessoa ou para a administração dos seus bens, ficasse em caso algum sem tutor e, por isso, dispôs no artigo 3.º: «Todavia a tutela do menor que tiver a sua residência habitual no estranjeiro estabelecer-se há e exercer-se há em conformidade da lei do lugar, se não for ou não puder ser constituída em conformidade das disposições do artigo 1.º ou do artigo 2.º».

Em verdade, com a providência dêste artigo, tem o menor sempre garantida a constituïção da tutela, pois, se esta não for de facto, ou não puder ser de direito, organizada pela autoridade tutelar comum ou pelos agentes diplomáticos ou consulares do Estado de origem, será organizada pela autoridade local.

Esta competência da autoridade local para a organização da tutela é, porém, meramente *subsidiária,* já que aquela autoridade só poderá intervir quando as autoridades do Estado de que o menor for nacional não possam ou não queiram intervir.

E, porque a competência tutelar da autoridade local é meramente subsidiária, foi estabelecido o preceito do artigo 8.º, onde se dispõe: «As autoridades do Estado em cujo território se achar um estranjeiro de menor idade, a respeito do qual se fizer mister organizar a tutela, informarão dessas circunstâncias, logo que delas tiverem conhecimento, as autoridades do Estado a que o menor pertencer. As autoridades assim informadas participarão, o mais breve possível, às autoridades que as tiverem avisado, se a tutela foi ou vai ser organizada».

A compreensão exacta do valor prático dos dois artigos 3.º e 8.º exige: 1.º) a determinação das autoridades que *devem informar* as autoridades nacionais da necessidade de organizar a tutela; 2.º) a determinação das autoridades *que devem ser informadas* dessa circunstância e *devem participar* às autoridades informadoras se foi ou vai ser organizada a tutela; 3.º) a determinação do *meio* por que hão de ser feitas as necessárias comunicações e do *praço* dentro do qual as autoridades nacionais, devidamente informadas, devem participar às autoridades locais se foi ou vai ser organizada a tutela.

1.º) Segundo o artigo 8.º, as autoridades do Estado em cujo território se encontrar um estranjeiro de menor idade que deva ser submetido a tutela, *devem* disso informar as autoridades nacionais.

Quais serão, porém, as autoridades locais que devem informar as autoridades nacionais?

Nem o texto é explícito, nem a sua discussão (1) é muito elucidativa.

Um primeiro ponto é, porém, certo: pode cada Estado escolher livremente a autoridade donde deve partir a informação acêrca da existência de um menor que deve ser submetido a tutela. Foi isso claramente dito pelo presidente da comissão (2).

Ainda um segundo ponto nos parece certo: na falta de indicação de qualquer outra autoridade, a informação deve partir em cada Estado da mesma autoridade a quem cabe a competência para organizar a tutela, se esta não for organizada pela autoridade nacional. É essa a autoridade que está em contacto com o menor e, portanto, que melhor pode concorrer para que o Estado cumpra a obrigação assumida pela convenção.

E neste sentido foi a convenção entendida, tanto pela lei sueca de 8 de julho de 1908 (artigo 30.º), como pela circular do govêrno francês de 29 de julho do mesmo ano (3).

2.º) Acêrca das autoridades que devem ser informadas, usa a convenção a fórmula vaga *autoridades nacionais.*

Quais serão, pois, estas autoridades?

Na discussão havida na conferência de 1900, foram referidas as três ordens de autoridades — govêrno, autoridades tutelares comuns, e autoridades consulares; e ainda o delegado

(1) *Actes* de 1900, pág. 100, 101 e 104; *Documents* de 1900, pág. 104.
(2) *Actes,* III, pág. 100, 101 e 104; *Documents,* de 1900, pág. 104.
(3) *Revue de droit international privé et de droit pénal international,* 1911, página 615. A circular é do tempo em que a França era Estado contratante e, portanto, pode ser aproveitada como meio de esclarecer a convenção.

holandês Feith lembrou a possibilidade de serem informadas *outras* autoridades. E, a todas as considerações, o presidente da comissão, Schumacher, respondeu só — «que a comissão quis deixar aos Estados toda a liberdade para designarem quais são as autoridades de que fala o artigo 9.º (8.º da convenção), e que a comissão persistiu em crer que era preferível um termo um pouco vago, sendo apenas essencial que o Estado de origem fôsse informado (1)».

Sendo assim, como precisar o sentido da fórmula — *autoridades nacionais?*

Apesar do carácter vago da fórmula da convenção e da imprecisão da resposta do presidente da comissão, parece-nos que, à falta de acôrdo sôbre o assunto entre os Estados contratantes, na fórmula *autoridades nacionais* só poderão compreender-se os cônsules, os agentes diplomáticos, o govêrno e as autoridades tutelares comuns, pois é evidente que a convenção não poderia ter em vista outras autoridades que não sejam ou aquelas com as quais se podem corresponder normalmente as autoridades estranjeiras ou as que têm a seu cargo a organização da tutela.

3.º) Nada dispôs a convenção acêrca do *meio* por que as autoridades locais devem informar as autoridades nacionais, nem acêrca do *prazo* dentro do qual as autoridades nacionais devem avisar as autoridades locais de que a tutela foi ou vai ser organizada. Quanto ao meio de informação, deve considerar-se normal a *via diplomática,* podendo apenas recorrer-se à *comunicação directa,* quando esta seja admitida por convenção especial ou quando seja permitida pelas leis ou usos dos Estados contratantes. E, quanto ao *prazo* em que deve ser feito o aviso pelas autoridades nacionais, devem as autoridades locais aguardar êsse aviso pelo tempo que lhes pareça razoavel, podendo assim considerar-se o prazo de seis meses estabelecido pelo artigo 6.º da convenção de 17 de 1905, para o caso paralelo de as autoridades nacionais deverem avisar as autoridades locais de que certo individuo foi ou vai ser interdito.

c) *Competência para tomar providências provisórias.* Não se limitou a convenção a definir a competência das

(1) *Actes,* III, pág. 100.

autoridades locais para a organização da tutela. Como era natural, também formulou regras de competência relativamente a medidas conservatórias e urgentes.

É o preceito do artigo 7.º: *«Emquanto se não organizar a tutela, bem como em todos os casos urgentes, poderão as autoridades locais adoptar as providências necessárias para a protecção da pessoa e dos interesses do estranjeiro de menor idade».*

Com êste preceito, ampliou a convenção a competência das autoridades locais para tomar providências conservatórias ou urgentes mesmo nos casos em que a organização da tutela pertença às autoridades tutelares nacionais, quer comuns quer diplomáticas ou consulares.

Qual será, porém, a amplitude do preceito do artigo 7.º, qual a lei reguladora das providências conservatórias ou urgentes que podem ser adoptadas pelas autoridades locais, e qual a posição destas autoridades relativamente àquelas medidas e quanto ao conhecimento a dar das mesmas medidas às autoridades nacionais?

A amplitude do preceito do artigo 7.º foi precisada pelo artigo 9.º da convenção, assim redigido: «A presente convenção não se aplicará senão à tutela dos menores que forem súbditos ou cidadãos de um dos Estados contratantes, e tiverem a sua residência habitual no território de um dêsses Estados. Os artigos 7.º e 8.º da presente convenção serão contudo aplicáveis a todos os menores que forem súbditos ou cidadãos dos Estados contratantes».

Em face do artigo 9.º, o artigo 7.º abrange: 1.º) os menores de *residência habitual,* pelo que respeita às medidas conservatórias ou urgentes necessárias à *protecção da pessoa* ou dos *interesses* dos mesmos menores; 2.º) os menores de *residência temporária* ou simplesmente de *passagem* no Estado local, também pelo que respeita a medidas conservatórias ou urgentes necessárias à protecção da pessoa ou dos interesses dos menores; 3.º) *quaisquer menores* dos Estados contratantes, quer se encontrem quer não no Estado local, pelo que respeita aos *interesses* que os mesmos menores tenham nesse Estado (1).

(1) Vide Japiot, *Revue* cit., 1912, pág. 288, nota 2.

Não diz a convenção por que lei são reguladas as providências para que o artigo 7.º dá competência às autoridades locais. Sendo, porém, certo que, segundo o artigo 3.º, a tutela organizada pelas autoridades locais deve ser exercida em harmonia com a lei local, o que significa que semelhante tutela é regulada pela lei local, certo é também que deve ser a lei local a lei reguladora das providências conservatórias ou urgentes praticadas pelas autoridades locais.

Pelo artigo 6.º do projecto de programa da terceira conferência relativamente à tutela de menores, as autoridades locais eram *obrigadas* a adoptar as providências conservatórias ou urgentes necessárias à protecção da pessoa ou dos bens dos menores, empregando o texto a fórmula—*seront prises par les autorités locales*—, para traduzir aquela idea de obrigatoriedade (1). A comissão de 1900, porém, substituiu aquela fórmula pela que hoje se lê na convenção —*pourront être prises par les autorités locales*—, para substituir à idea de obrigação a idea de faculdade, como a própria comissão o disse: «A comissão escolheu os termos "poderão" etc., em vez da palavra "serão", para exprimir a idea de uma faculdade, de preferência à idea de uma obrigação» (2). A posição das autoridades locais ficou, pois, bem definida: podem adoptar providências conservatórias ou urgentes, mas não são a isso obrigadas.

Não diz a convenção se as autoridades locais são ou não obrigadas a informar devidamente as autoridades nacionais das providências conservatórias ou urgentes que houverem adoptado.

Parece-nos, porém, que as autoridades locais são obrigadas a dar essa informação, não só porque isso é justo, mas porque o artigo 8.º, ordenando que as autoridades locais informem as autoridades nacionais da existência, no território do Estado local, de um menor nas condições de ser tutelado, mostra que o legislador internacional partiu do princípio de que as autoridades locais devem dar conhecimento às autoridades nacionais da situação dos menores que se encontrem no Estado local.

(1) *Documents*, III, pág. 103.
(2) *Actes*, III, pág. 104.

d) *Organização e administração da tutela.* Quando a tutela é organizada pela autoridade local, a sua organização e exercício são regulados pela lei local. Di-lo expressamente o artigo 3.º.

No exercício da tutela, a aplicação fóra do Estado cuja autoridade organizou a tutela da lei dêste Estado está sujeita às mesmas limitações que a lei nacional do menor. É evidente. Nada temos, por isso, que acrescentar àquilo que dissemos a respeito da aplicação da lei nacional (1).

Uma questão nova, e bem delicada, suscita, porém, o artigo 3.º da convenção a respeito do exercício da tutela, quando êste exercício é regulado pela lei da residência habitual. Consiste em saber se o *grau de incapacidade* do menor se mede pela sua lei nacional ou pela lei local. No *exercício* da tutela entrará também a extensão da incapacidade do menor, ou apenas se conterão os meios de suprir essa incapacidade?

A convenção de 17 de julho de 1905, relativa à interdição, resolveu directamente a questão no artigo 8.º, onde determinou que os efeitos da interdição decretada pelas autoridades da residência habitual do interdito são regulados pela lei local.

E a mesma solução deve, em nosso entender, seguir-se em face da convenção que analisamos, pela razão de que esta convenção, declarando no artigo 3.º que a tutela será organizada e exercida em conformidade da lei local e determinando no artigo 5.º que as causas de abertura e de fim da tutela serão determinadas sempre pela lei nacional, mostra que, quanto ao resto, deve aplicar-se a lei local.

e) *Fim da tutela, prestação de contas e responsabilidades do tutor.* Como foi dito já por mais de uma vez, as causas que põem fim à tutela são sempre determinadas pela lei nacional do menor. Mas é o *único desvio* que a convenção estabelece em favor da lei nacional. Aparte êsse desvio, o regime da tutela é o estabelecido pela lei da residência habitual, pela qual serão, pois, reguladas as contas da tutela e as responsabilidades do tutor, em termos

(1) Supra, n.º 394.

semelhantes àqueles em que, no regime normal, estes assuntos estão sujeitos à lei nacional.

f) *Carácter provisório da tutela. Sua substituïção.* Coerente com o seu sistema geral de que a competência para a organização da tutela pertence em princípio às autoridades nacionais, a convenção não só considerou a tutela organizada pelas autoridades locais como meramente *subsidiária,* mas deu-lhe um carácter simplesmente *provisório.* É o preceito do artigo 4.°, que já transcrevemos (1).

Uma vez aceito o princípio de que, em matéria de tutela, a competência da jurisdição deve andar associada à competência da lei reguladora da mesma tutela, e desde que se aceitou a doutrina de que a tutela dos menores é regulada pela lei nacional, vinha naturalmente o corolário de que a tutela só poderia ser organizada pelas autoridades do Estado da residência habitual do menor quando um *obstáculo de direito* (por exemplo, a lei nacional do menor não prevê o caso de o menor residir no estranjeiro e não ter domicílio no país natal) ou um *obstáculo de facto* (obstáculos materiais à constituïção da tutela e à sua organização, como a falta de agentes diplomáticos ou consulares) ou o *desleixo* das autoridades nacionais fazem com que a tutela não possa ser ou não seja organizada pelas mesmas autoridades nacionais (2). Daí o carácter *subsidiário* da tutela organizada pelas autoridades locais.

Mas, porque a lei nacional é a que melhor protege os interesses do menor e porque esta protecção só poderá realizar-se de modo completo, segundo o conceito predominante nas conferências, quando a tutela seja organizada e exercida inteiramente de harmonia com a lei nacional, o que só pode dar-se quando organizada pelas autoridades nacionais, era lógico que a tutela organizada pelas autoridades locais *cessasse* logo que as autoridades nacionais estivessem em condições ou se resolvessem a organizar a tutela. Foi esta razão lógica que determinou a aceitação do preceito do artigo 4.° da convenção, o qual, ao mesmo tempo que formula o princípio geral da possibilidade da organização de uma

(1) Supra, pág. 673.
(2) *Actes,* II, pág. 112 e 113.

tutela nova por parte das autoridades nacionais, quando já tenha sido organizada a tutela pelas autoridades locais, indica a necessidade e o modo de fazer a comunicação de ter sido organizada a nova tutela, e determina o processo de fixar o momento em que cessa a antiga.

É evidente que o mesmo menor não poderia estar sujeito a duas tutelas e, por isso, é natural que a organização da nova faça cessar a antiga tutela. E, para que esta cesse, é indispensável que os órgãos que a exercem sejam devidamente informados da constituïção da nova tutela. A necessidade desta informação foi prevista pela alínea 2.ª do artigo 4.°, a qual dispõe que será dada informação, o mais cedo possível, da constituïção da nova tutela ao govêrno do Estado onde a antiga tutela tenha sido organizada, para que êsse govêrno informe, quer a autoridade tutelar que tiver instituído a tutela, quer o próprio tutor, se tal autoridade não existir. Semelhante informação deve ser transmitida, naturalmente, pela autoridade que organizar a nova tutela e deve seguir pela via diplomática, a não ser que seja admitida a comunicação directa entre as autoridades dos diferentes países, o que não acontece em Portugal.

Determina o artigo que o govêrno do Estado onde tenha sido organizada a antiga tutela avisará a autoridade tutelar ou o próprio tutor, sem nada acrescentar sôbre os termos em que o aviso deverá ser feito, deixando isso, como era natural, ao direito interno de cada país. É interessante notar que a Holanda regulou devidamente o assunto na lei de 7 de julho de 1907, cujo artigo 4.° dispõe: «No caso visado no artigo 4.° da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 relativa à tutela de menores, aprovada pela lei de 24 de julho de 1902, o ministro da justiça anunciará no *Jornal oficial* a constituïção da tutela em harmonia com a lei do Estado de que o menor é nacional. O mesmo ministro avisará imediatamente desta publicação aquele que exercer a tutela no Reino na Europa, bem como o protutor, se o houver».

Um processo semelhante a êste poderá ser seguido nos Estados, como Portugal, onde o assunto ainda não foi devidamente regulado.

Na alínea 3.ª, regulou o artigo 4.° a *sucessão* das duas

tutelas, determinando os termos em que *cessa* a antiga tutela.

Foi objecto de larga discussão na conferência a determinação do *momento* em que a antiga seria substituída pela nova tutela, assentando-se, por fim, que deve regular o assunto a lei do Estado em que tiver sido organizada a antiga tutela (1).

Quando a tutela tenha sido organizada em Portugal, à falta de preceito expresso em contrário, pode formular-se o princípio de que a antiga tutela deve cessar a partir do dia em que o antigo tutor tenha conhecimento da constituïção da nova tutela.

E o que se infere, segundo cremos, do artigo 201.° do Código civil, relativamente à *sucessão* dos tutores legítimos, os quais devem deixar de exercer as suas funções logo que finde o prazo da sua gerência, prazo que é deles *conhecido*, e dos artigos 236.°, 238.° e 240.° do mesmo Código, aproximados e combinados com os artigos 754.° e 102.° do Código de processo civil, donde se mostra que o *tutor removido* só fica inibido de exercer as suas funções desde que aquiesce à deliberação do conselho de família ou desde que lhe seja intimada a resolução definitiva do tribunal que estatuir sôbre a sua remoção. Segundo o artigo 4.° da convenção, há sucessão de tutores, sem que o antigo tutor tenha conhecimento prévio do fim das suas funções e há, em certo modo, remoção do mesmo tutor, remoção que só pode ter efeitos desde que lhe seja notificada.

396 — Os critérios de aplicação da convenção estão indicados nos artigos 9.° e 10.°. O artigo 10.° é inteiramente igual ao artigo 10.° da convenção relativa ao divórcio, que já conhecemos (2) e, por isso, nos limitamos a transcrever o artigo 9.°, cuja letra é:

«A presente convenção não se aplicará senão à tutela dos menores que forem súbditos ou cidadãos de um dos Estados contratantes, e tiverem a sua residência habitual no território de um dêsses Estados.

(1) *Actes*, III, pág. 94, 95, 96, 105, 136, 145 e 242.
(2) Supra, pág. 593.

Os artigos 7.° e 8.° da presente convenção serão, contudo, aplicáveis a todos os menores que forem súbditos ou cidadãos dos Estados contratantes».

A leitura dêste artigo e a sua comparação com o artigo 10.° mostram que são dois os critérios de aplicação da convenção: *a)* um critério de nacionalidade; *b)* um critério geográfico.

a) *Critério de nacionalidade.* A convenção limitou-se a estabelecer o regime jurídico internacional da tutela para os menores que sejam nacionais de algum dos Estados contratantes. Se, pois, em qualquer dêstes Estados se encontrar um menor que não seja nacional de um Estado contratante, o regime da tutela será determinado, não segundo a convenção, mas segundo o direito internacional privado comum do Estado onde o menor se encontrar.

b) *Critério geográfico.* Dos artigos 9.° e 10.° resulta que o regime da convenção é apenas para os menores que residam *habitualmente* no *território europeu* de algum dos Estados contratantes. É, pois, a *residência habitual* de um menor *nacional* de algum dos Estados contratantes no *território europeu* de outro dos mesmos Estados que condiciona a observância do regime da convenção.

Duas disposições há, porém, na convenção que se aplicam em relação a todos os menores que sejam súbditos dos Estados contratantes, quer êles residam *habitualmente*, quer residam só *temporàriamente*, quer se encontrem no Estado local apenas de *passagem:* são as disposições do artigo 8.°, que impõe às autoridades locais o dever de informar as autoridades nacionais de que se encontra no território do Estado local um menor nas condições de ser tutelado, e do artigo 7.°, que dá competência às autoridades locais para tomar as providências conservatórias ou urgentes que sejam necessárias à protecção dos bens ou da pessoa do menor. E a competência para tomar providências conservatórias em defesa dos bens do menor abrange mesmo os menores que *não se encontrem* no Estado local, pois o artigo 9.° manda aplicar o artigo 7.° a *todos os menores*, e bem pode ser que um menor tenha bens ou interesses no Estado local que seja necessário acautelar, sem que aí se encontre ao menos de passagem.

Relativamente à sua aplicação no *tempo*, nada dispôs a

convenção, mas, porque se trata do regime da *capacidade*, que é um poder legal, deve a convenção aplicar-se às tutelas constituídas ao tempo da sua entrada em vigor e ainda existentes, e deve deixar de aplicar-se às tutelas constituídas na sua vigência logo que esta cesse pela sua denúncia (1).

(1) No sentido da doutrina seguida no texto, resolveu o tribunal federal suiço, em sentença de 10 de junho de 1909 (Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 786).

competência vem da lei, deve entender-se que a competência lhes é recusada em qualquer outra hipótese.

E ainda é de notar que os cônsules ou agentes diplomáticos só poderão proceder a inventário e à constituição da tutela quando isso lhes seja permitido por tratado existente entre Portugal e o Estado local ou quando, não existindo tratado, o exercício de tal competência lhes seja permitido pelas leis ou usos locais. Precisam, portanto, tais funcionários de, antes de proceder, informar-se se há quer tratado quer lei ou uso local que reconheça a sua competência. Se assim não acontecer, abster-se hão de proceder, já porque assim o ordena o regulamento consular, já para evitar conflitos com o Estado local.

β) *Estados de capitulações.* Nestes Estados vigora, como é sabido, o princípio da personalidade das jurisdições, sendo em regra os cônsules quem, ou sós ou presidindo ao tribunal consular, administra justiça aos portugueses (regulamento consular, artigo 523.º e seg.). Aí, pois, poderão os cônsules portugueses proceder à organização da tutela, nos termos em que em Portugal o podem fazer as justiças comuns, isto é, tanto na hipótese de a constituïção da tutela ser um incidente do processo de inventário, como na hipótese de representar um acto independente, por não haver inventário e o menor aí ter o seu domicílio.

3.º *Autoridade tutelar estranjeira.* Quando o menor não seja herdeiro em inventário que corra nos tribunais portugueses, não tenha domicílio em Portugal ou cá não seja encontrado, e quando o cônsul português não tenha competência para organizar a tutela, não poderá a tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro ser organizada pelos tribunais portugueses, não havendo nas nossas leis uma disposição semelhante às que existem, por exemplo, na Alemanha, na Holanda, na Itália, na Suécia e na Suíça, que prevêem o caso de o menor ter o seu domicílio em país estranjeiro, dando em tal caso competência ou ao juízo do lugar de origem (Itália e Suíça), ou ao tribunal da capital (Holanda e Suécia), ou ao juízo para êsse efeito designado em cada caso pela autoridade competente (Alemanha). Quando tal hipótese se dê, só resta o recurso de a tutela ser

1.°) *Autoridade tutelar portuguesa comum.* Como vimos, segundo a nossa lei de processo, as regras de competência relativamente à organização da tutela são as seguintes: *b*) se houver inventário em que o menor seja herdeiro, é competente para constituir a tutela o juízo do inventário, preferindo o juízo do inventário por morte do pai ou da mãe ou, se houve inventário por morte de ambos e em juízos diferentes, o juízo do inventário mais antigo e, se não houve inventário por morte do pai ou da mãe, o juízo do inventário mais antigo (Código de processo civil, artigos 28.° e 29.°); *a*) não havendo inventário, pertence a competência ao juízo do domicílio do menor (Código cit., artigo 29.°).

Não faz a lei qualquer distinção entre a hipótese de o menor residir em Portugal ou de residir em país estranjeiro, apenas atende às circunstâncias do inventário ou domicílio do menor como elementos de determinação da competência e, por isso, tem de entender-se que esta competência persiste mesmo quando o menor resida em país estranjeiro.

2.°) *Agentes diplomáticos e consulares portugueses.* A competência tutelar dos agentes diplomáticos e dos cônsules portugueses deve ser apreciada, em separado, quanto aos Estados de civilização europeia e quanto aos Estados de capitulações.

α) *Estados de civilização europeia.* Em princípio, têm os cônsules portugueses o direito de organizar a tutela de menores portugueses residentes no seu distrito consular, quando os mesmos cônsules sejam competentes para proceder ao inventário em que sejam herdeiros menores portugueses. É o que resulta claramente do artigo 205.° do regulamento consular.

E, a par com os cônsules, têm a mesma competência os agentes diplomáticos naqueles países em que as nossas leis lhes atribuem funções consulares.

A competência, quer dos cônsules, quer dos agentes diplomáticos, restringe-se, porém, aos casos em que os referidos funcionários têm competência para o inventário em que sejam herdeiros os menores para quem deva constituir-se a tutela. Só em tal caso o regulamento consular lhes reconhece para isso competência e, pelo princípio, bem conhecido, de que a competência vem da lei, deve entender-se que a competência lhes é recusada em qualquer outra hipótese.

E ainda é de notar que os cônsules ou agentes diplomáticos só poderão proceder a inventário e à constituïção da tutela quando isso lhes seja permitido por tratado existente entre Portugal e o Estado local ou quando, não existindo tratado, o exercício de tal competência lhes seja permitido pelas leis ou usos locais. Precisam, portanto, tais funcionários de, antes de proceder, informar-se se há quer tratado quer lei ou uso local que reconheça a sua competência. Se assim não acontecer, abster-se hão de proceder, já porque assim o ordena o regulamento consular, já para evitar conflitos com o Estado local.

β) *Estados de capitulações.* Nestes Estados vigora, como é sabido, o princípio da personalidade das jurisdições, sendo em regra os cônsules quem, ou sós ou presidindo ao tribunal consular, administra justiça aos portugueses (regulamento consular, artigo 523.° e seg.). Aí, pois, poderão os cônsules portugueses proceder à organização da tutela, nos termos em que em Portugal o podem fazer as justiças comuns, isto é, tanto na hipótese de a constituïção da tutela ser um incidente do processo de inventário, como na hipótese de representar um acto independente, por não haver inventário e o menor aí ter o seu domicílio.

3.° *Autoridade tutelar estranjeira.* Quando o menor não seja herdeiro em inventário que corra nos tribunais portugueses, não tenha domicílio em Portugal ou cá não seja encontrado, e quando o cônsul português não tenha competência para organizar a tutela, não poderá a tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro ser organizada pelos tribunais portugueses, não havendo nas nossas leis uma disposição semelhante às que existem, por exemplo, na Alemanha, na Holanda, na Itália, na Suécia e na Suíça, que prevêem o caso de o menor ter o seu domicílio em país estranjeiro, dando em tal caso competência ou ao juízo do lugar de origem (Itália e Suíça), ou ao tribunal da capital (Holanda e Suécia), ou ao juízo para êsse efeito designado em cada caso pela autoridade competente (Alemanha). Quando tal hipótese se dê, só resta o recurso de a tutela ser

organizada pela autoridade tutelar estranjeira, a qual deverá ser reconhecida em Portugal como uma tutela legitimamente constituída, independentemente de *exequatur* (1), logo que se dê relativamente ao país em que a tutela seja organizada alguma das circunstâncias que, segundo a lei portuguesa, determinam a competência para organizar a tutela, isto é, a realização de inventário em que o menor seja herdeiro ou o facto do domicílio do menor.

b) *Causas da tutela.* As causas de abertura da tutela de um menor português residente em país estranjeiro são as causas determinadas pela lei portuguesa. É a doutrina que claramente resulta do artigo 24.º do Código civil, quando determina que os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro se conservam sujeitos às leis portuguesas concernentes ao seu estado e à sua capacidade.

E, neste ponto, nenhuma dificuldade pode haver quando a tutela for constituída pela autoridade tutelar portuguesa, quer comum, quer diplomática ou consular.

Mas se a tutela for organizada pela autoridade tutelar estranjeira por uma causa não admitida pela lei portuguesa? Poderá semelhante tutela ser reconhecida em Portugal? De modo nenhum. A isso se opõe o artigo 24.º do Código civil, que declara sujeitos à lei portuguesa, quanto ao estado e capacidade, os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro.

c) *Organização da tutela.* Se a tutela for organizada pela autoridade tutelar portuguesa, quer comum, quer diplomática ou consular, será evidentemente a lei portuguesa a lei reguladora da organização da tutela.

Se, porém, a tutela for organizada pela autoridade estranjeira, e esta a constituir segundo a lei estranjeira e, portanto, por uma forma diversa da estabelecida pela lei portuguesa, deverão os tribunais portugueses reconhecer semelhante tutela? Entendemos que sim, desde que se dê a dupla circunstância de a autoridade portuguesa não ter competência para constituir a tutela e de se verificar, relativamente à autoridade estranjeira, algum dos elementos de conexão que, pela

(1) L. 1, n.ºs 201 e 202.

lei portuguesa, atribuem competência aos tribunais para organizar a tutela.

Não existe na nossa legislação um preceito de carácter geral que determine as condições em que podem ser reconhecidos em Portugal os actos judiciais praticados pelos tribunais estranjeiros. Temos, porém, um texto que nos mostra que *os tribunais estranjeiros devem ser competentes para a prática dêsses actos.* É o artigo 1088.º do Código de processo civil, relativo às condições em que podem ser executadas em Portugal as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros, cujo § 1.º, n.º 3.º, declara que a sentença não não deve ser proferida por tribunal incompetente, o que equivale a afirmar que a sentença deve ser proferida por tribunal competente.

Êste texto é a revelação clara de que, para o nosso legislador, a legitimidade do acto praticado por uma autoridade judicial estranjeira depende de ser internacionalmente competente para o praticar a autoridade que efectivamente o praticou.

Uma vez verificadas as condições de que depende a competência do tribunal estranjeiro para organizar a tutela, deve esta ser reconhecida mesmo quando organizada em harmonia com a lei do país do tribunal que a organizou e não em harmonia com a lei portuguesa. Cada Estado organiza como lhe parece melhor as instituïções de protecção dos incapazes e, desde que às suas autoridades se reconhece competência para organizar essas instituïções, têm de aceitar-se as instituïções como elas podem ser organizadas pelas mesmas autoridades, isto é, em harmonia com a lei do país a que pertencem essas autoridades. E assim resulta que a um menor português residente em país estranjeiro poderá ser organizada uma tutela sem conselho de família, embora o direito português faça entrar o conselho de família na constituïção normal da tutela.

Não obstará, porém, a tal doutrina o disposto no artigo 24.º do Código civil, quando declara que os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro se conservam sujeitos à lei portuguesa no que respeita ao seu estado e à sua capacidade? Entendemos que não. A lei que determina os órgãos da tutela não é pròpriamente uma lei relativa

ao estado das pessoas, mas uma lei que, *por causa do estado das pessoas,* determina as entidades que hão de *cooperar* com a autoridade pública para o efeito de proteger as pessoas incapazes por virtude do seu estado. O maior ou menor gráu de cooperação dos particulares com as autoridades para a organização das instituïções pupilares ou quási-pupilares está naturalmente dependente da mesma lei de que dependem as autoridades com que êles cooperam e, como a organização e as atribuïções dessas autoridades são reguladas pelas leis do país a que as mesmas autoridades pertencem, das mesmas leis depende a participação que os particulares podem ter na organização e funcionamento das referidas instituïções. A maior ou menor intervenção dos particulares na acção da justiça depende do modo de ser social de cada país, sendo, portanto, às leis de cada país que compete definir e regular essa intervenção.

Em matéria de tutela, pois, e em face do artigo 24.º do Código civil, a lei portuguesa só deverá aplicar-se para determinar se há uma *causa* de tutela e para medir a *capacidade* do tutelado. Tudo que respeite à organização da tutela deve ficar dependente da lei do país cuja autoridade organizar a mesma tutela. De outro modo, tornar-se ia praticamente impossível a organização da tutela por uma autoridade estranjeira, a não ser que a lei estranjeira mandasse organizar a tutela em harmonia com a lei nacional do menor.

d) *Administração e fim da tutela.* A administração da tutela é naturalmente regulada pela mesma lei que rege a sua organização. Existe, com efeito, uma lógica dependência entre a criação dos órgãos da tutela e a determinação das funções que êsses órgãos devem desempenhar e o modo por que hão de desempenhá-las. Se, pois, a tutela for organizada pelas autoridades portuguesas, regerá a administração tutelar a lei portuguesa; se for organizada por uma autoridade estranjeira, pertencerá a competência à lei do país a que pertencer essa autoridade. Sendo assim, as atribuïções do tutor e dos demais órgãos da tutela serão determinadas pela lei do país cuja autoridade organizar a tutela, a qual indicará, portanto, quais são os actos que o tutor pode praticar só por si e aqueles para que precisa de autorização de qualquer outro órgão da tutela.

Ainda será a lei do país cuja autoridade organizar a tutela a lei competente para definir a responsabilidade do tutor e, em geral, dos órgãos da tutela, pois a responsabilidade dos órgãos da tutela representa a sanção do mau exercício das atribuïções que lhes são conferidas e, por isso, é lògicamente regulada pela mesma lei que define essas atribuïções.

Numa coisa, porém, a lei portuguesa manifesta o seu império: é no que respeita à determinação das causas que põem fim à tutela. A tutela deve findar, e só deve findar, por alguma das causas reconhecidas pela lei portuguesa. Se, por isso, a tutela organizada pela autoridade estranjeira continuar, apesar de para ela já não haver causa segundo a lei portuguesa, não poderá a tutela ser reconhecida em Portugal, e, vice-versa, se a autoridade estranjeira puser termo à tutela quando esta devesse persistir segundo a lei portuguesa, não poderá o menor ser considerado capaz em Portugal para o exercício dos seus direitos. A tutela é um meio de suprir a incapacidade dos menores, a capacidade dos menores portugueses é regulada pela lei portuguesa (Código civil, artigo 24.º) e, por isso, a duração da necessidade da tutela não pode deixar de ser regulada pela lei portuguesa.

398 — II — *Tutela de menores estranjeiros residentes em Portugal.* Como relativamente ao regime jurídico internacional da tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro, estudaremos em primeiro lugar a

a) *Competência para organizar a tutela.* Esta competência pode pertencer ao agente diplomático ou consular do país do menor, à autoridade tutelar portuguesa, ou à autoridade tutelar comum do país do mesmo menor ou de qualquer outro país que possa considerar-se como tendo jurisdição para a organização da tutela.

1.º) *Agentes diplomáticos ou consulares.* Segundo mostrámos acima, os agentes diplomáticos ou consulares do país dos menores sujeitos a tutela só poderão organizar esta, se para isso lhes der competência algum tratado ou convenção concluídos entre Portugal e o Estado de que os menores sejam nacionais. O princípio da territorialidade

das jurisdições, que informa o nosso direito, abrange, como mostrámos, a organização da tutela (1).

2.°) *Autoridade tutelar portuguesa.* Consoante procurámos demonstrar, os artigos 188.° a 191.° do Código civil e os artigos 28.°, 29.° e 741.° do Código de processo civil atribuem competência para organizar a tutela ao juízo do inventário ou, na falta de inventário, ao juízo do domicílio do menor, sem estabelecer qualquer restrição e sem qualquer distinção entre nacionais e estranjeiros (2). Sendo assim, quando em Portugal se proceda a inventário em que um menor estranjeiro seja herdeiro ou, na falta de inventário, o menor tenha domicílio em Portugal, e se torne necessário proceder à organização da tutela, terão os tribunais portugueses competência para a organizar, se não houver tratado ou convenção que reserve a competência aos agentes diplomáticos ou consulares do país do menor. É a conseqüência lógica da doutrina por nós estabelecida.

3.°) *Autoridade tutelar estranjeira.* Se, embora residindo o menor em Portugal, se proceder no seu país ou num terceiro Estado a inventário em que êle seja herdeiro, ou se, não havendo inventário, a sua residência em Portugal for meramente acidental, tendo o seu domicílio lugar em país estranjeiro, parece-nos certo que os tribunais do país onde for o domicílio do menor são internacionalmente competentes para organizar a tutela, isto é, a tutela por êles organizada deve ser reconhecida pelos tribunais portugueses, pois se dão relativamente àqueles tribunais as causas determinativas da competência que a lei portuguesa exige para que os tribunais possam organizar a tutela. Esta solução está de harmonia com a doutrina que seguimos acima (3) acêrca dos critérios que devem adoptar-se para decidir se os tribunais estranjeiros são ou não competentes para a prática de actos que devam produzir efeitos em Portugal (4).

(1) Supra, pág. 682.
(2) Supra, pág. 683.
(3) Supra, pág. 711.
(4) Para esclarecer a doutrina exposta no texto, devemos notar que consideramos o direito português comum informado pelo mesmo princípio que informa a convenção, como se vê do seu artigo 6.°, que é o *princípio da universalidade da tutela*, o qual significa que deve ser reconhecida, quanto à sua organização, quanto à regência da pessoa do menor e quanto à gerência do seu património, a tutela organizada em país estranjeiro pela autoridade competente e em harmonia com a lei competente. É o princípio geralmente seguido pelos escritores (Vide Weiss, *Traité*, IV, pág. 362 e seg.).

Importa observar que, segundo o direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, os tutores nomeados em país estranjeiro não podem, em princípio, exercer as suas funções nesses países. Comtudo, os tribunais ingleses e americanos têm a faculdade de reconhecer os mesmos tutores e autorizar o exercício das suas funções (Vide: Dicey, *Conflict of laws*, pág. 475; Westlake, ob. cit., § 7.°; Wharton, ob. cit., I, § 260; Meili, ob. cit., pág. 254; Valery, *Manuel* cit., n.° 825).

(1) A doutrina seguida no texto não obsta a que se aplique a menores estranjeiros o decreto de 27 de maio de 1911, em harmonia com o que dissemos (supra, pág. 694). Refere-se o decreto, não à *tutela comum* como instituição de proteção dos menores, cujo regime jurídico internacional temos estudado, mas a uma medida de *proteção social*, fundada numa lei de ordem pública, aplicável, por isso, tanto a nacionais como a estranjeiros.

b) *Causas da tutela.* A competência para determinar as causas pelas quais pode ser constituída a tutela de um menor estranjeiro residente em Portugal pertence à lei nacional do menor. A tutela é uma instituïção relativa ao estado das pessoas e destinada a suprir a incapacidade do menor, o estado e a incapacidade dàs pessoas são regulados pela lei do seu país (Código civil, artigo 27.°) e, por isso, as causas que produzem o estado em que o menor fica sujeito a tutela para suprir a sua incapacidade, devem ser determinadas pela lei do seu país.

Esta lei deverá ser sempre aplicada, a não ser que à sua aplicação obste alguma lei portuguesa de interesse e ordem pública. Assim, se a lei estranjeira admitir a *morte civil*, o pai do menor for ferido desta incapacidade pelos tribunais estranjeiros e o menor ficar, por isso, em face da lei estranjeira, nas condições de ser tutelado, não poderá a autoridade portuguesa constituir a tutela por êsse facto, pois isso representaria a aplicação de uma lei estranjeira evidentemente contrária às leis portuguesas de ordem pública internacional (1).

c) *Organização da tutela.* A lei reguladora da organização da tutela de menores estranjeiros residentes em Portugal será sempre a lei do país cuja autoridade constituir a tutela. É a doutrina que sustentámos acêrca da determinação da lei reguladora da organização da tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro e que, de modo igual, procede relativamente à organização da tutela de menores

estranjeiros residentes em Portugal. A determinação dos órgãos da autoridade pública que hão de intervir na constituïção da tutela não poderia depender senão da lei do país cujas autoridades forem competentes pata essa constituïção e, lògicamente, depende da mesma lei a cooperação que os particulares hão de ter no exercício da tutela. Sendo assim, a tutela de um menor estranjeiro residente em Portugal, organizada pelos tribunais portugueses, será constituída como o seria a tutela de um menor português, isto é, será formada por um tutor, um protutor, um curador e um conselho de família, e êstes órgãos serão determinados segundo os termos estabelecidos pela lei portuguesa.

d) *Administração da tutela.* A lei que preside à organização da tutela é, naturalmente, aquela que deve presidir ao seu funcionamento, determinando respectivamente as atribuïções dos órgãos da tutela e as relações em que uns estão para com os outros. A mesma lei definirá ainda a responsabilidade do tutor. A lei que define a competência dos órgãos da tutela é lògicamente chamada a definir também a sanção que deve acompanhar a falta de probidade ou de diligência no exercício das funções tutelares e, conseguintemente, a fixar a responsabilidade que deriva das faltas cometidas pelo tutor. A lei da tutela determinará, pois, se o menor goza ou não do direito de hipoteca legal contra o tutor.

Ainda a mesma lei regulará a prestação de contas, a qual tem por fim verificar a regularidade na administração da tutela e, por isso, está naturalmente sujeita à lei que regula a administração tutelar.

A duração e termo da administração tutelar está, porém, sempre dependente da lei nacional do menor, à qual compete determinar as causas por que finda a tutela. Esta só deve durar pelo tempo que dure a necessidade de suprir a incapacidade do menor e, por isso, logo que, segundo a lei nacional, a incapacidade desaparece, ou existe outro meio de a suprir, verificando-se alguma das causas que põem termo à tutela, como, por exemplo, o restabelecimento do poder paternal, a tutela deve findar.

SECÇÃO II

Tutela e curatela de maiores

§ I

Direito convencional

Sumário. 399 — Elaboração da convenção. 400 — Organização geral da convenção: adopção de um regime normal e de um regime subsidiário. Diferenciação dos dois regimes e regra acêrca da sua aplicação. 401 — Regime normal. I — Principio fundamental. II — Aplicações: competência para decretar a interdição e organizar a tutela do interdito; causas da interdição e pessoas legitimas para a requerer; efeitos da interdição; levantamento da interdição. 402 — Regime subsidiário. I — Principio fundamental. II — Aplicações. 403 — Regras comuns aos dois regimes. I — Condições em que se produz o efeito internacional da interdição. II — Limitações da aplicação da lei normalmente competente para reger o exercício do regime tutelar a que está sujeito o interdito, relativamente aos seus bens imóveis. III — Condições em que se produz o efeito internacional do levantamento da interdição. 404 — Providências provisórias. Competência para as decretar e sua lei reguladora.

399 — No projecto de programa da primeira conferência, e no questionário que o acompanhava, incluía já o govêrno holandês o regime jurídico internacional da *interdição*.

Sòmente, porém, na conferência de 1900 o assunto foi pela primeira vez estudado, e apenas na conferência de 1904 foram sôbre êle votadas deliberações definitivas e organizado um projecto de convenção (1), o qual foi convertido na convenção de 17 de julho de 1905, que foi assinada e ratificada pela Alemanha, França, Holanda, Hungria, Italia, Portugal e Ruménia e entrou em vigor no dia 23 de agosto de 1912 (2).

(1) *Actes*, I, pág. 7 e 11; *Actes*, III, pág. 183 e seg.; *Actes*, IV, pág. 218.
(2) L. I, pág. 77, nota (3).

A convenção foi, porém, denunciada pela França em 5 de dezembro de 1916, deixando de vigorar nas relações com êsse país no dia 23 de agosto de 1917.

Também a mesma convenção não foi mencionada nos artigos 282.° e seguintes do tratado de paz com a Alemanha e nos artigos 217.° e seguintes do tratado com a Hungria e, por isso, também deixou de vigorar nas relações da Alemanha e da Hungria com os Estados aliados que eram Estados contratantes, isto é, a Itália, Portugal e Ruménia (1).

As linhas fundamentais do regime estabelecido pela convenção são semelhantes às que informam o regime seguido pela convenção que regula a tutela de menores, o que resulta da similaridade existente entre as instituïções reguladas pelas duas convenções. A par com as semelhanças, há, porém, as naturais diferenças, derivadas do fim específico da instituïção cujo regime jurídico internacional a convenção de 1905 veio regular, e, por isso, o estudo que fizemos sôbre a tutela de menores não dispensa um estudo especial da interdição, embora, nos pontos de semelhança, a exposição possa e deva ser mais abreviada.

400 — Como a convenção relativa à tutela de menores, a presente convenção adoptou um duplo regime jurídico internacional da interdição e seus efeitos: um *regime normal* e um *regime subsidiário*. As características dos dois regimes resultam claramente da leitura dos artigos 1.°, 2.°, 4.°, 6.°, 7.°, 8.°, 10.° e 11.°, cuja letra é:

«Artigo 1.° A interdição é regida pela lei nacional da pessoa que deve ser interdita, salvas as excepções a esta regra conteúdas nos artigos seguintes.

Artigo 2.° A interdição não poderá ser decretada senão

(1) Vide Bellemans e Kosters, ob. cit., pág. 819 e 863 nota (1).
Da obra dêstes autores (pág. 864), transcrevemos a lista dos Estados entre os quais a convenção está ou esteve em vigor, que são os seguintes:

Alemanha	desde	23	de	agosto	de	1912	
França	»	»	»	»	»	»	até 23 de agosto de 1917
Holanda	»	»	»	»	»	»	
Hungria	»	»	»	»	»	»	
Itália	»	»	»	»	»	»	
Portugal	»	»	»	»	»	»	
Ruménia	»	»	»	»	»	»	

pelas autoridades competentes do Estado a que, pela sua nacionalidade, pertencer a pessoa que deve ser interdita, e a tutela será organizada segundo a lei dêsse Estado, salvos os casos previstos nos artigos seguintes.

«Artigo 4.° As autoridades do Estado em cujo território tiver a sua residência habitual um estranjeiro nas condições de ser interdito, informarão dessa situação, logo que lhes for conhecida, as autoridades do Estado de que o estranjeiro for cidadão, comunicando a petição que para a interdição lhes tiver sido apresentada e as providências provisórias que houverem sido adoptadas.

«Artigo 6.° Sobreestar-se há em toda e qualquer providência definitiva no país da residência habitual, emquanto as autoridades nacionais não tiverem respondido à comunicação prevista no artigo 4.°. Se as autoridades nacionais declararem querer abster-se ou não responderem no prazo de seis meses, às autoridades de residência habitual cumprirá estatuir sôbre a interdição, tendo em atenção os obstáculos que, conforme a resposta das autoridades nacionais, impediriam a interdição no país de origem.

«Artigo 7.° No caso de as autoridades da residência habitual serem competentes, em virtude do artigo precedente, a petição para a interdição poderá ser formulada pelas pessoas e pelas causas admitidas simultâneamente pela lei nacional e pela lei da residência do estranjeiro.

«Artigo 8.° Quando a interdição for decretada pelas autoridades da residência habitual, a administração da pessoa e dos bens do interdito será organizada em conformidade da lei local, e os efeitos da interdição serão regidos pela mesma lei.

«Se, contudo, a lei nacional do interdito dispuser que a vigilancia a exercer sôbre êle seja confiada de direito a uma determinada pessoa, essa disposição será, tanto quanto possível, acatada.

«Art. 10.° A existência de uma tutela estabelecida em conformidade do artigo 8.° não obsta à constituïção de nova tutela em conformidade da lei nacional.

«Dêste facto será, com a possível brevidade, dada informação às autoridades do Estado onde tiver sido decretada a interdição.

«A lei dêste Estado decidirá em que momento haverá de

cessar a tutela organizada pelas suas autoridades. A contar dêsse momento os efeitos da interdição decretada pelas autoridades estranjeiras serão regidos pela lei nacional do interdito.

«Artigo 11.º A interdição decretada pelas autoridades da residência habitual poderá ser levantada pelas autoridades nacionais em conformidade da sua lei.

«As autoridades locais que tiverem decretado a interdição poderão igualmente levantá-la por quaisquer motivos previstos na lei nacional ou na lei local. A petição poderá ser formulada por quem quer que para isso for autorizado por uma ou outra dessas leis.

«As decisões que levantarem a interdição surtirão de pleno direito os seus efeitos em todos os Estados contratantes, sem dependência de *exequatur*».

Da leitura e comparação dêstes artigos, resulta, com efeito: 1.º) que, normalmente, a interdição é decretada pelas autoridades nacionais; 2.º) que a interdição decretada pelas autoridades nacionais é exclusivamente regulada pela lei nacional, como lei normalmente competente; 3.º) que as autoridades da residência habitual do interdicendo só tem competência para decretar a interdição, quando as autoridades nacionais disso se abstiverem; 4.º) que a interdição decretada pelas autoridades do país de residência do interdito é regulada, fundamentalmente, pela lei local, regulando, porém, em certos casos também a lei nacional do interdito; 5.º) a tutela organizada pela autoridade local é meramente provisória.

Estas conclusões põem em evidência o reconhecimento dos dois regímes normal e subsidiário e ainda revela que a existência e a estrutura dos mesmos regimes foi o resultado do princípio, já aceito quanto à tutela de menores, de que, em matéria de interdição, a competência da lei é inscindível da competência da jurisdição.

Os motivos desta associação da competência legislativa com a competência jurisdicional foram expostos pela comissão de 1900 (1) e resumem-se, como a respeito da tutela (2),

(1) *Actes*, III, pág. 199.
(2) Supra, pág. 676.

na impossibilidade de separar, segundo o conceito da comissão, as duas ordens de competência, conceito a que também obedecera o Instituto de direito internacional nas resoluções que votou sôbre o assunto, na sessão de Cambridge de 1895 (1).

401 — Estudando, naturalmente, em primeiro lugar o regime jurídico internacional normal da interdição, começaremos por estabelecer o seu princípio fundamental, fazendo depois as aplicações mais importantes.

I — *Princípio fundamental.* Êste princípio resulta dos artigos 1.º e 2.º e pode formular-se desta maneira: a interdição é regulada, em si e nos seus efeitos, pela lei nacional do interdito e é decretada pelas autoridades do país a que êle pertence.

As conferências da Haia partiram do princípio de que, em matéria de interdição, a competência legislativa é inseparável de competência judiciária; mas, porque a competência judicial tem por fim dar efectividade à lei competente para regular a interdição e porque a interdição tem como conseqüência modificar o estado e capacidade das pessoas, a competência legislativa pertence naturalmente à lei nacional, a qual *atrahu* lògicamente a competência judiciária para as autoridades nacionais.

II — *Aplicação:* a) *Competência para decretar a interdição.* Pelo artigo 2.º, a competência para decretar a interdição pertence normalmente às autoridades nacionais.

Esta atribuïção de competência às autoridades nacionais suscita uma série de questões, que vamos analisar ràpidamente, para esclarecer a execução do tratado. A primeira questão refere-se à determinação da

a) *Autoridade nacional competente.* Diz o artigo 2.º que a interdição só poderá ser decretada pela autoridade competente do Estado de que o interdicendo for nacional, o que mostra que a autoridade nacional competente é determinada em harmonia com a lei do país a que pertencer o interdicendo. A convenção apenas se propôs fixar a *competência internacional,* essa competência atribuiu-a às auto-

(1) *Annuaire*, XIV, pág. 163 e seg.

ridades do Estado do interdicendo, deixando acertadamente à lei dêste Estado a determinação da *competência interna* para decretar a interdição de um nacional residente em país estranjeiro.

b) *Informação das autoridades nacionais.* Atribuída competência às autoridades nacionais e tratando-se de interdicendos que se encontram em país estranjeiro, tornava-se necessário providenciar no sentido de pôr as autoridades nacionais ao facto da existência no estranjeiro de um nacional nas condições de ser interdito, para elas poderem proceder à interdição. Daí o preceito do artigo 4.º da convenção, o qual determina que as autoridades do Estado em cujo território tiver a sua residência habitual um estranjeiro nas condições de ser interdito, informarão dessa situação, logo que lhes for conhecida, as autoridades do Estado de que o estranjeiro for cidadão, comunicando a petição que para a interdição lhes tiver sido apresentada e as providências provisórias que houverem sido adoptadas.

A obrigação de informar as autoridades nacionais cabe à autoridade a quem for apresentada a petição, que é a autoridade que tiver competência para decretar a interdição, no caso de abstenção das autoridades nacionais.

A convenção não diz qual a autoridade nacional que deve ser informada. Qual será, pois, essa autoridade?

A convenção inclui, evidentemente, as autoridades nacionais competentes para decretar a interdição, emquanto dispõe que a informação de que nos ocupamos deve ser feita pela via diplomática, *se não for admitida a comunicação directa entre as respectivas autoridades* (artigo 5.º), pois é evidente que esta passagem se refere às autoridades competentes para decretar a interdição.

Também parece certo que, na expressão genérica *autoridades nacionais*, se compreende o govêrno, pois a convenção considera suficiente que seja informado o govêrno acêrca das providências provisórias (artigo 4.º) e, por isso, deve entender-se que também considera suficiente a sua informação acêrca da residência habitual no Estado local de uma pessoa nas condições de ser interdita.

E pode até seguir-se a doutrina de que as autoridades locais cumprem a obrigação, que lhes é imposta pela convenção, desde que informem a legação do país a que pertencer o interdicendo, pois é uma autoridade nacional, pode ser informada pela via diplomática e pode fazer chegar a informação à autoridade nacional competente para decretar a interdição (1).

O que sempre se torna indispensável é que a autoridade local faça acompanhar a informação da referência das condições pessoais do interdicendo que sejam suficientes para ser possível determinar a autoridade nacional competente para o interditar.

A obrigação das autoridades locais não existe, porém, em todas e quaisquer circunstâncias, mas só quando se verifiquem estas condições: 1.º) quando o interdicendo tenha no Estado local a sua *residência habitual* (Conv., artigo 4.º); 2.º) quando exista uma causa de interdição reconhecida pela lei nacional (Conv., artigos 4.º e 7.º); 3.º) quando as autoridades locais tiverem tomado providências provisórias, quando lhes tenha sido apresentada petição para a interdição, ou quando essas autoridades devam conhecer *oficiosamente* da interdição (artigo 3.º).

Segundo o artigo 5.º do projecto de programa, a informação só era necessária quando as autoridades locais houvessem tomado providências provisórias ou quando lhes fôsse apresentado o pedido para a interdição (2).

Os governos alemão e italiano propuseram, porém, que as autoridades locais informassem as autoridades nacionais *logo que a situação do interessado lhes fôsse conhecida* (3). Estas propostas pareciam assim tender a estabelecer a obrigação das autoridades locais, qualquer que fôsse o meio por que chegasse ao seu conhecimento a notícia da situação do interessado. Ora, atendendo a que a fórmula do artigo 4.º é, visìvelmente, a fórmula das propostas alemã e italiana, poderia crer-se que a convenção quis, com efeito, estabelecer a obrigação nos termos mais genéricos.

Contudo, a comparação do mesmo artigo 4.º com o comentário que lhe fez a comissão de 1904, convence de que

(1) Supra, pág. 697 e 698.
(2) *Documents* de 1904, pág. 110 e 173.
(3) *Documents* de 1904, pág. 110 e 114.

as autoridades locais, fora dos casos de haverem tomado providências provisórias e de lhes ter sido apresentada petição para a interdição, só têm que transmitir a informação quando, pela lei local, devam proceder oficiosamente à interdição (1).

4.°) *Meio de informação.* Por dois meios pode a informação ser transmitida pelas autoridades locais às autoridades nacionais, a *via diplomática,* que é a *regra,* e a *comunicação directa* às autoridades competentes para decretar a interdição, a qual só pode ter lugar quando por convenção especial entre os Estados contratantes tenha sido estabelecida (Conv., artigo 5.°).

Nas relações de Portugal com os Estados contratantes, não existe convenção alguma especial acêrca do meio de transmissão das informações de que vimos falando e, por isso, devem essas informações ser expedidas e recebidas pela via diplomática, que é o processo-regra estabelecido pela convenção.

b) *Causas da interdição e pessoas legítimas para a requerer.* As causas de interdição são as determinadas pela lei nacional (Conv., artigo 1.°).

Será, pois, a lei nacional que determinará se e em que termos a *loucura,* a *prodigalidade,* a *surdez-mudez,* a *cegueira* ou a *embriaguez* são causas de interdição (2).

E a mesma doutrina deve seguir-se, sem hesitação, quanto às pessoas legítimas para requerer a interdição. São as indicadas pela lei nacional.

c) *Efeitos da interdição.* Da interdição resultam fundamentalmente dois efeitos: a *incapacidade do interdito* e o *regime tutelar* destinado a suprir essa incapacidade.

Não há na convenção preceito algum especial acêrca da determinação da incapacidade do interdito e do regime a que êle fica sujeito e, por isso, tem de entender-se, em face do artigo 1.°, que regula, num e noutro ponto, a lei nacional do interdito.

Quanto ao regime tutelar, uma questão pode, contudo, aparecer, em face das legislações que *separam* a competência

(1) *Actes,* IV, pág. 31.
(2) A cegueira é causa de interdição na Itália (Código civil, artigos 324.° a 342.°) e a embriaguez é causa de interdição na Alemanha (Código civil, artigo 6.°).

para decretar a interdição, da competência para organizar a tutela ou a curatela. Consiste a questão em saber se, em semelhante caso, a tutela poderá ser organizada pela autoridade diplomática ou consular do país do interdito acreditada ou nomeada para o país onde o mesmo interdito tiver a sua residência habitual.

A questão da competência dos agentes diplomáticos e dos cônsules para organizar a tutela ou a curatela dos interditos foi suscitada no seio da comissão de 1904, a propósito da interdição decretada pelas autoridades locais, como consta desta passagem das *Actas:* «A respeito do regime tutelar, a delegação alemã apresentou uma proposta no sentido de especificar separadamente o regime da lei nacional e o regime da lei local nas duas hipóteses acima mencionadas. A mesma delegação propôs, além disso, que fossem reconhecidas pela convenção as atribuïções consulares relativamente à organização do regime tutelar do interdito. A comissão entendeu que não devia tocar na questão da competência consular nesta matéria» (1).

A questão da competência consular ficou assim fora da convenção, o que quere dizer que deve ser resolvida em cada país em harmonia com os princípios de direito comum em matéria de direito internacional privado aceitos pelas leis do mesmo país, ou em harmonia com convenções especiais existentes entre os Estados contratantes.

Sendo assim, torna-se interessante saber como a questão deverá ser resolvida em face do direito português comum ou de convenções especiais existentes entre Portugal e algum dos Estados contratantes.

1.°) *Direito português comum.* Em face do direito português comum, a solução é muito simples. A tutela ou a curatela do interdito não pode ser organizada, nem pelos cônsules portugueses em país estranjeiro, nem pelos cônsules estranjeiros em Portugal.

Quanto aos cônsules portugueses em país estranjeiro, resulta isso claramente do artigo 525.° do regulamento consular, combinado com o artigo 30.° do Código de processo civil. Segundo o artigo 525.° do regulamento consular, são

(1) *Actes,* IV, pág. 35.

da exclusiva competência dos tribunais do país, ilhas adjacentes e províncias ultramarinas as causas relativas ao estado das pessoas, não tendo portanto os cônsules portugueses competência para as acções de interdição, nem mesmo nos países de capitulações. Pelo artigo 30.° do Código de processo civil, o juízo da interdição tem competência exclusiva para prover acêrca da pessoa do interdito e sôbre a administração de todos os seus bens, incluindo, depois de partilhados, os que lhe pertencerem por qualquer inventário. Se, portanto, os cônsules portugueses não podem ser juízes da interdição, também não podem ser juízes da tutela ou da curatela. É evidente.

Relativamente aos cônsules estranjeiros em Portugal, deriva a doutrina das seguintes considerações.

Como já mostrámos, o direito português actual é informado, como o direito de todos os Estados de civilização europeia, pelo princípio da *territorialidade das jurisdições*, segundo o qual a administração da justiça relativamente aos estranjeiros compete em Portugal exclusivamente aos tribunais portugueses. Sendo assim, não poderão os cônsules estranjeiros em exercício em Portugal conhecer de acções de interdição dos seus nacionais aqui residentes e, assim como não podem, o que também demonstrámos, organizar em Portugal, salva convenção especial em sentido contrário, a tutela de menores seus nacionais, por virtude do indicado princípio de territorialidade das jurisdições, não poderão igualmente organizar a tutela ou a curatela dos interditos, pois se trata de actos de jurisdição da mesma natureza (1).

2.°) *Convenções especiais.* Dos Estados contratantes, Portugal tem convenções consulares com a Holanda e com a Itália.

A convenção com a Holanda não autoriza os cônsules a organizar a tutela dos interditos seus nacionais e, por isso, perante essa convenção, não há que discutir.

A convenção com a Itália, porém, autoriza (artigo 8.°, n.° 7.°) os cônsules a organizar a tutela e a curatela dos menores e *incapazes*, em conformidade da lei nacional, o

(1) Supra, pág. 681 a 684.

que parece indicar que os cônsules italianos poderão organizar sempre em Portugal a tutela ou curatela dos interditos seus nacionais, se a lei italiana o permitir.

A convenção não pode, contudo, entender-se com essa generalidade. O preceito em que é estabelecida aquela doutrina, que é o n.° 7.° do artigo 8.°, está naturalmente subordinado ao disposto no corpo dêste artigo e, por isso, deve entender-se que a competência dos cônsules se restringe ao caso em que seja necessário organizar a tutela ou a curatela de um herdeiro menor ou incapaz que, por virtude da morte do autor da herança, fique sem representante legal, ou porque o mesmo autor da herança exercia o poder paternal ou porque exercia quer a tutela quer a curatela, pois é certo que o preceito da convenção apenas se refere ao caso de, por morte de um italiano em Portugal, haver algum herdeiro menor ou *incapaz*, certo é também que os tratados, como contendo direito excepcional (Código civil, artigo 26.°), são de interpretação restrita (Código citado, artigo 13.°) e, portanto, temos de pôr de parte todos os casos em que se torne necessário organizar a tutela ou a curatela como conseqüência imediata de um processo de interdição. Êsses casos não cabem evidentemente no texto da convenção.

d) *Levantamento da interdição.* Neste ponto a competência legislativa pertence sempre à lei nacional e a competência jurisdicional pertence às autoridades nacionais (artigo 11.°, alínea 1.ª). E a lei nacional determinará também, sem sombra de dúvida, se o levantamento da interdição tem de ser pedido perante a autoridade que a decretou ou se o pode ser perante outra autoridade.

402 — Passando a estudar o regime subsidiário, determinemos o princípio fundamental que o informa e estudemos as aplicações do mesmo princípio.

I — *Princípio fundamental.* Êste princípio resulta da aproximação dos artigos 3.°, 7.°, 8.° e 10.° da convenção acima transcritos e pode formular-se assim: a interdição decretada pelas autoridades da residência habitual do interdicendo é, em princípio, regulada, em si e nos seus efeitos, pela lei da residência e cumulativamente (artigo 7.°), ou concorrentemente (art. 8.°, alínea 2.ª), ou alternativamente

(artigo 11.°, alínea 2.ª), pela lei nacional, nos casos e nos termos em que a convenção o estabelecer. A regra é, pois, a aplicação da lei local. Os desvios da regra para a aplicação da lei nacional são os estabelecidos pela convenção, os quais especificaremos ao fazer as aplicações do princípio.

II — *Aplicações*. a) *Competência para decretar a interdição*. Como já foi dito, a competência pertence às autoridades da residência habitual do interdicendo. Importa, porém, determinar as condições de facto que tornam legítima a sua intervenção. Essas condições são as seguintes: 1.°) que o interessado resida habitualmente no Estado local; 2.°) que dessa circunstância tenham sido informadas as autoridades nacionais; 3.°) que as autoridades nacionais ou declarem que querem abster-se ou não respondam no prazo de seis meses.

1.°) A interdição é uma medida de efeitos mais ou menos duradoiros e, por isso, justamente resolveu a convenção que as autoridades locais só a deveriam decretar quando houvesse uma relação de permanência entre o interessado e o Estado local, o que não se dá com a residência temporária, mas se verifica com a residência habitual.

Mas, uma vez que o estranjeiro tenha no Estado local a sua residência habitual, a autoridade local tem competência para a interdição, embora, segundo as regras de competência da lei local, essa competência lhe não pertencesse, devendo entender-se que, neste ponto, a lei local foi modificada ou completada pela convenção.

2.°) A competência das autoridades locais depende, em segundo lugar, de as mesmas autoridades haverem informado as autoridades nacionais. Assim resulta do artigo 6.° da convenção, e assim devia ser, pois, sendo a sua competência meramente subsidiária e para o caso de as autoridades nacionais não poderem ou não quererem decretar a interdição, era natural que, antes de procederem, as autoridades locais pusessem as autoridades nacionais em condições de elas mesmas procederem à interdição.

3.°) Por último, a legitimidade da intervenção das autoridades locais depende de as autoridades nacionais ou declararem que se abstêm de decretar a interdição ou nada responderem dentro de seis meses. É o preceito da alínea 2.ª do artigo 6.°. A exacta compreensão dêste preceito exige que se determine como se conta o prazo de seis meses e qual o valor da fórmula — «tendo em atenção os obstáculos que, conforme a resposta das autoridades nacionais, impediriam a interdição no país de origem».

Quanto ao prazo, foi o ponto esclarecido pela comissão, nesta passagem: «A comissão foi de parecer que era preferível estabelecer o princípio de que o termo de seis meses começa a partir do momento em que a comunicação for feita, e deixar a aplicação desta regra ao cuidado das autoridades locais, para evitar a idea de que se trata de um prazo rigoroso, numa questão em que o termo é fixado, menos para salvaguardar direitos, do que para coordenar deveres» (1).

A fórmula — «tendo em atenção, etc.» significa, em nosso entender, que as autoridades locais devem verificar se o obstáculo apresentado pelas autoridades nacionais é de *direito substantivo* ou se é de *competência ou processo*, istó é, devem verificar se as autoridades nacionais não procederam por não haver causa para a interdição, segundo a lei nacional, ou se, embora a houvesse, elas não procederam por se tratar de um nacional residente em país estranjeiro e a sua competência para a interdição se limitar aos residentes no próprio país, ou por, tendo competência, não poderem colher os elementos de prova para decretar a interdição; e isto, para o efeito de as autoridades locais também se absterem, na hipótese de o obstáculo ser de direito substuitivo, ou de procederem, se o obstáculo for de competêncta ou de processo.

b) *Causas da interdição*. O sistema da convenção acêrca da lei reguladora das causas de interdição, quando esta é da competência das autoridades do país de residência habitual do interdicendo, está definido no artigo 7.°, cuja letra já conhecemos (2), e pode denominar-se — *sistema de concordância da lei nacional com a lei local*, pois só podem servir de fundamento ao pedido de interdição as causas que forem admitidas simultâneamente pela lei nacional e pela lei local.

(1) *Actes*, IV, pág. 32.
(2) Supra, pág. 719.

O fundamento do sistema, embora um pouco confusamente, encontra-se determinado no relatório da comissão de 1904. Para a interdição exige-se a existência de uma causa prevista pela lei nacional, pela razão de que a interdição é uma restrição de capacidade e, sendo a lei nacional a lei normalmente competente para reger a capacidade das pessoas, competente deve ser também para determinar as causas por que a capacidade de uma pessoa poderá ser restringida. Mas, por outro lado, a interdição dá lugar a um regime tutelar que, quando organizado pelas autoridades locais, deve ser instituído em harmonia com as leis locais, dada a íntima ligação entre qualquer regime tutelar e a lei do país cuja autoridade o organiza e superintende no seu funcionamento, e, por isso, não deverá o mesmo regime estabelecer-se por causas que a lei local desconheça (1).

d) *Pessoas legítimas para requerer a interdição.* Sôbre esta matéria, seguiu a convenção um sistema semelhante ao sistema de determinação das causas de interdição, isto é, o sistema de concordância da lei nacional e da lei local (artigo 7.º).

Em regra, a aplicação do sistema é muito simples. O tribunal limitar-se há a verificar se a pessoa ou autoridade que requereu a interdição é considerada para isso legítima tanto pela lei nacional do interdicendo como pela *lex fori*.

Num ponto, porém, pode haver dificuldade. É na hipótese de tanto a lei nacional como a lei local admitirem a intervenção da autoridade para promover o processo de interdição, mas as autoridades serem diferentes, e, sobretudo, na hipótese de a lei nacional admitir a intervenção da autoridade sob a forma de procedimento *oficioso* do tribunal e a lei local admitir a intervenção da autoridade, sim, mas sob a forma de *requerimento* de uma autoridade diferente do julgador.

A solução deve, em nosso entender, ser a seguinte: a autoridade tem legitimidade para requerer a interdição ou para proceder oficiosamente, sempre que a lei local assim o permita e a lei nacional permita que uma autoridade

(1) *Actes*, IV, pág. 34.

pública requeira a interdição ou que o tribunal a ela proceda oficiosamente.

A razão desta doutrina está em que, segundo se vê da discussão do assunto em assemblea geral da conferência de 1904 (1) aquilo que a conferência considerou essencial para que o tribunal local possa proceder, sem que a sua acção seja provocada por um particular, é que tanto a lei nacional como a lei local dispensem a intervenção da iniciativa particular, pois o procedimento oficioso do tribunal deve considerar-se equivalente ao procedimento provocado por qualquer autoridade pública.

e) *Efeitos da interdição.* A lei reguladora dos efeitos da interdição decretada pelas autoridades locais é determinada pelo artigo 8.º, nestes termos: *«e os efeitos da interdição serão regidos pela mesma lei* (local)».

Vejamos qual seja o alcance dêste preceito, relativamente à incapacidade do interdito e ao regime tutelar destinado a suprir essa incapacidade, que são, como dissemos, os efeitos característicos da interdição.

Seja qual for a nacionalidade do interdito e seja, portanto, qual for a sua lei nacional, desde que se trate de um súbdito dos Estados contratantes e desde que a interdição seja decretada pelas autoridades locais, a *incapacidade de exercício de direitos* do interdito será regida pela lei local, sendo esta lei que determina os actos jurídicos de cuja prática êle fica privado e quais as condições em que pode praticar aqueles que lhe não sejam defesos.

O *regime tutelar* a que fica sujeito o estranjeiro declarado interdito pelas autoridades locais é determinado pela lei local. É o que se infere desta fórmula do artigo 8.º — *a administração da pessoa e dos bens do interdito será organizada em conformidade da lei local.*

Se a lei local reconhecer diferentes regimes tutelares, como se, por exemplo, reconhece a tutela, a curatela geral e a curatela limitada, o critério de determinação do regime tutelar aplicável a um determinado estranjeiro é o critério da *correspondência* entre as causas de incapacidade e os regimes tutelares, como essa correspondência é estabelecida

(1) *Actes*, IV, pág. 23, 24, 148 e 162.

pela lei local. Assim, se em Portugal for interdito um estranjeiro súbdito de um dos Estados contratantes por causa de loucura, o regime de protecção será a *tutela*, e, se o for por causa da prodigalidade, o regime será o da *curatela geral* ou o da *curatela limitada*, segundo o grau de incapacidade reconhecido na sentença (Código civil, artigo 314.° e seg.).

Deve, porém, notar-se que, na organização do regime tutelar, não aceitou a convenção o princípio da exclusiva aplicação da lei local. Permitiu um desvio no sentido da aplicação da lei nacional, dispondo (artigo 8.°, alínea 2.ª) que, se a lei nacional do interdito dispuser que a vigilância a exercer sôbre êle seja confiada de direito a uma determinada pessoa, essa disposição será, tanto quanto possível, acatada.

O texto tem o seguinte significado: a tutela organiza-se com as entidades indicadas pela lei local; mas, quando se trate de entidades particulares encarregadas da guarda da pessoa ou da administração dos bens do incapaz, essas entidades serão, tanto quanto possível, as designadas pela lei nacional, embora elas não tenham tal direito segundo a lei local.

Contudo, a aplicação da lei nacional não é imposta de um modo irredutível. O texto diz *tanto quanto possível*, para deixar ao tribunal a liberdade de apreciar a conveniência de não aplicar a lei nacional, no próprio interesse do incapaz, se a pessoa designada pela lei nacional não puder fàcilmente assumir, por exemplo, o cargo de tutor, por se encontrar em país estranjeiro. Em tal caso, a autoridade local poderá deixar de aplicar a lei nacional, para nomear a pessoa que for designada pela lei local.

f) *Carácter*. A tutela ou a curatela organizada pelas autoridades da residência habitual do *incapaz* tem, pela convenção, um carácter meramente *provisório e subsidiário*, como claramente se vê do artigo 10.°, acima transcrito.

Uma vez fixada a competência das autoridades locais para conhecer da interdição, esta só pode ser pedida por uma causa que seja admitida pela lei local, só pode ser requerida por uma pessoa legítima segundo a mesma lei (artigo 7.°), e a incapacidade de agir do interdito e o regime tutelar para suprir essa incapacidade são regulados ainda

pela lei local (artigo 8.°), permitindo-se apenas um desvio da aplicação da lei local no sentido de confiar a vigilância do incapaz à pessoa para isso indicada pela lei nacional (artigo 8.°).

Tudo isto, porém, representa para os autores da convenção, não o *regime normal* da protecção dos incapazes de maioridade, mas um simples *regime de assistência internacional*, motivado pela *necessidade* de proteger os mesmos incapazes e pela *inacção* das autoridades nacionais em prover à sua protecção. O regime normal é o regime de protecção organizado pelas autoridades nacionais e regulado pela lei nacional.

A conseqüência lógica desta ordem de ideas era que o regime tutelar do interdito organizado pelas autoridades locais devia ser considerado como meramente *subsidiário* e cessar logo que as autoridades nacionais estivessem em condições de organizar e efectivamente organizassem o regime tutelar do interdito em conformidade da lei nacional. Tal é o preceito do artigo 10.°, que vamos analisar, quanto às *condições* em que pode ser organizado o nôvo regime tutelar, quanto à *competência* para o organizar, quanto à *legitimidade* para o requerer, quanto ao momento em que *cessa* o antigo regime tutelar, e quanto aos efeitos da organização do nôvo regime.

1.°) *Condições*. O princípio geral é que as autoridades nacionais podem organizar o regime tutelar do interdito em conformidade da lei nacional, apesar de já ter sido organizada uma tutela ou uma curatela pelas autoridades da residência habitual do incapaz. A aplicação do princípio depende, porém, de certas condições: 1.ª) as autoridades nacionais teem de considerar como legìtimamente decretada a interdição decretada pelas autoridades locais, pois a convenção, autorizando-as a substituir o regime tutelar como *conseqüência* da interdição, não as autoriza a discutir a interdição como *causa* do regime tutelar (1) (artigo 10.°, alínea 3.ª); 2.ª) deve ser dada *informação* da organização da nova tutela às autoridades do Estado onde houver sido decretada a interdição (artigo 10.°, alínea 2.ª).

(1) *Documents*, de 1904, pág. 130 e 174.

A informação deve partir naturalmente da autoridade que tiver organizado a nova tutela ou curatela.

Mas a quem dirigir a informação? O projecto de programa mandava dirigi-la ao govêrno do Estado onde tivesse sido decretada a interdição (1). A comissão, porém, substituiu a fórmula — *govêrno do Estado* — do projecto, pela fórmula — *autoridades do Estado*, que hoje se lê na convenção, certamente para uniformizar o artigo 10.º com o artigo 4.º, onde se emprega uma fórmula igual. Por isso, em harmonia com o que acima escrevemos a respeito do artigo 4.º, diremos que a comunicação pode ser dirigida ou às próprias autoridades que tenham organizado a tutela ou a curatela, ou ao govêrno do Estado onde a tutela ou a curatela tenha sido organizada, ou à legação dêsse Estado, casos em que o govêrno informará a autoridade tutelar, e a legação informará o govêrno, para êste informar a autoridade tutelar.

O meio de comunicação é o estabelecido no artigo 5.º para as comunicações a fazer às autoridades nacionais.

2.º) *Competência.* A convenção atribui *competência internacional* para reorganizar a tutela às autoridades do Estado de que o incapaz for nacional.

Não há dúvida de que essa competência pode ser exercida pela autoridade tutelar comum em conformidade da lei do mesmo Estado.

Mas também terão para isso competência os agentes diplomáticos ou os cônsules do referido Estado?

Segundo se lê nas *Actas*, o presidente da comissão, Schumacher, referiu-se ao assunto nos seguintes termos: «M. Schumacher nota que a comissão, falando da reorganização da tutela em conformidade da lei nacional, não teve de modo algum a intenção de excluir a possibilidade de que o agente diplomático ou consular, autorizado pelo Estado de que o interdito seja nacional, possa reorganizá-la em conformidade da lei dêste Estado, se o Estado da residência habitual do interdito a isso se não opuser. A comissão julgou não dever mencionar expressamente essa possibilidade, mas repete que não teve de modo algum a intenção de a excluir» (2).

(1) *Documents* de 1904, pág. 130 e 174.
(2) *Actes*, IV, pág. 44.

Esta observação mostra que a convenção nem *estabelece* nem *exclui* a competência tutelar dos agentes diplomáticos ou dos cônsules. Ficou o assunto, portanto, fora da convenção. A legitimidade da intervenção dos agentes diplomáticos ou dos cônsules, na reorganização da tutela ou da curatela dos seus nacionais, está, assim, dependente do direito internacional privado comum de cada um dos Estados contratantes ou do que se encontrar estabelecido em convenções especiais entre os mesmos Estados, em harmonia com o que acima dissemos (1).

A análise do artigo 10.º da convenção, no que respeita à competência para reorganizar a tutela ou a curatela, conduz a apreciar a questão sôbre se os tribunais portugueses poderão reorganizar a tutela de um cidadão português que tenha sido interdito em país estranjeiro e aí submetido a um regime tutelar organizado pela autoridade local.

Pode parecer, à primeira vista, que um tribunal português nunca poderá organizar a tutela de um português interdito por um tribunal estranjeiro, por virtude do disposto no artigo 30.º do Código de processo civil, que atribui competência exclusiva ao juízo da interdição para prover acêrca da pessoa e dos bens do interdito.

Êsse artigo refere-se, porém, à interdição decretada pelos tribunais portugueses, não podendo o legislador pensar no *caso nôvo*, previsto pela convenção, de se tratar de uma interdição decretada por um tribunal estranjeiro. Podemos, por isso, considerar êsse caso como um *caso não previsto* e resolvê-lo em harmonia com os dois princípios gerais de que a lei nacional é a lei competente para reger o estado e capacidade das pessoas e de que o foro do domicílio do indivíduo é o foro competente para a defesa dos seus direitos, seguindo a doutrina de que, vindo o interdito estabelecer domicílio em Portugal, poderá o tribunal do seu domicílio reorganizar a sua tutela ou a sua curatela em harmonia com a lei portuguesa, que é a sua lei pessoal e a considerada competente e, por isso, juridicamente melhor, para presidir à organização e exercício do regime tutelar destinado a suprir a sua incapacidade.

(1) Supra, pág. 724 e 725.

3.°) *Legitimidade para requerer a organização da tutela ou da curatela.* Não diz o artigo 10.° da convenção quem tem legitimidade para requerer a organização de uma nova tutela ou de uma nova curatela em conformidade da lei nacional. Temos, por isso, de recorrer ao princípio geral aceito pela mesma convenção para presidir ao regime jurídico internacional da interdição. Êsse princípio é o que se encontra estabelecido no artigo 1.°, que já conhecemos e onde se determina que a interdição é regida pela lei nacional do interdicendo, salvas as excepções contidas nos artigos seguintes. São, por isso, legítimas as pessoas ou autoridades indicadas pela lei nacional.

4.°) *Termo da antiga tutela ou curatela.* A organização de uma nova tutela ou curatela pelas autoridades nacionais devia ter como natural conseqüência pôr fim à tutela ou à curatela organizada pelas autoridades locais, pela simples razão de que o interdito não poderia estar sujeito a duas tutelas ou a duas curatelas.

E o princípio da cessação da antiga pela constituïção da nova tutela ou curatela era tão evidente, que a convenção nem sequer o formulou, dando-o como assente e limitando-se a regulamentá-lo. Essa regulamentação supunha a resolução de duas questões: a informação das autoridades locais da constituïção da nova tutela ou da nova curatela pelas autoridades nacionais e a fixação do momento em que devia findar a antiga tutela ou curatela.

A primeira questão está resolvida na alínea 2.ª do artigo 10.° e já a ela nos referimos a propósito das condições em que pode ser organizada a nova tutela ou a nova curatela.

A segunda questão resolve-a a primeira parte da alínea 3.ª do mesmo artigo 10.°, quando dispõe que a lei do Estado onde foi organizada a primitiva tutela ou curatela decidirá em que momento haverá de cessar a tutela organizada pelas suas autoridades.

É uma disposição paralela à do artigo 4.°, alínea 3.ª, da convenção relativa à tutela de menores, de 12 de junho de 1902, que também reconheceu a competência da lei do Estado da primitiva tutela para determinar o momento em que esta deve cessar depois de ter sido organizada uma nova tutela pelas autoridades nacionais.

É, pois, em face da lei interna de cada país que há de fixar-se o momento em que cessa a tutela ou a curatela de um incapaz estranjeiro organizada pela autoridade local, se as autoridades do país de que êle for nacional organizarem uma nova tutela ou uma nova curatela.

Sendo assim, dada a similaridade institucional entre a tutela dos menores ou a tutela e a curatela dos interditos, e em face dos artigos 321.° e 339.° do Código civil que mandam aplicar à tutela dos loucos e dos surdos-mudos os princípios gerais reguladores da tutela de menores, consideramos certo, como notámos a respeito da tutela, que, segundo o nosso direito, a antiga tutela ou curatela do estranjeiro incapaz maior, constituída pela autoridade portuguesa, cessa no momento em que o antigo tutor seja oficialmente informado da existência da nova tutela organizada pela autoridade nacional (1).

5.°) *Efeitos da interdição.* Na segunda parte da alínea 3.ª do artigo 10.°, dispõe a convenção que, a partir do momento em que cessa a antiga tutela, os efeitos da interdição decretada pelas autoridades estranjeiras serão regulados pela lei nacional do interdito.

Êste preceito significa que, uma vez organizada uma nova tutela ou uma nova curatela, a interdição decretada pelas autoridades estranjeiras produz os mesmos efeitos como se fôra decretada pelas autoridades nacionais. E é o mesmo preceito de um alcance evidente tanto a respeito do *regime tutelar*, como relativamente à *capacidade* do interdito, que passam a ser regidos pela lei nacional.

f) *Levantamento da interdição.* Esta matéria é regulada pelo artigo 11.°, cuja letra já conhecemos (2), o qual se ocupa da *competência* para levantar a interdição, das *causas* por que pode ser requerido o levantamento, da *legitimidade* para o requerer e das *condições* em que se produzem os seus efeitos.

Quando a interdição é decretada pelas autoridades nacionais, todos êstes assuntos são regulados pela lei nacional, nenhuma dificuldade podendo haver na sua aplicação.

(1) Supra, pág. 704.
(2) Supra, pág. 720.

Quando, porém, a interdição é decretada pelas autoridades locais, o regime não é tão simples, pelo que faremos algumas considerações acêrca dos mesmos assuntos.

Não requere, certamente, explicação o reconhecimento de tal competência às autoridades locais. Uma vez que se lhes reconheceu competência para decretarem a interdição, não é senão lógico reconhecer-lhes competência para levantarem a interdição que elas mesmas tiverem decretado (1).

O reconhecimento de competência às autoridades nacionais para levantar a interdição decretada pelas autoridades locais foi assim explicado pela comissão de 1904: «Desde o momento em que as autoridades locais não são chamadas a pronunciar-se sôbre a interdição de um estranjeiro senão de um modo subsidiário e em substituïção das autoridades nacionais, é de toda a justiça que a questão do levantamento da interdição seja, na mesma ordem de ideas, submetida, em princípio, à competência das autoridades nacionais. Nós consideramos o julgamento das autoridades locais como emanando das autoridades nacionais e reconhecemos a estas o direito de decidir sôbre os motivos do levantamento da interdição como se esta fosse por elas decretada» (2).

O levantamento da interdição pode ser requerido tanto pelas causas previstas pela lei nacional como pelas previstas pela lei local. É o preceito expresso da alínea 2.ª do art. 11.º, fundando-se a alternativa concedida ao interdicendo no desejo de favorecer a defesa do mesmo interdicendo (3).

De modo semelhante e pelo mesmo motivo, o levantamento da interdição pode ser requerido tanto pelas pessoas indicadas pela lei nacional, como pelas indicadas pela lei local (Artigo 11.º, alínea 2.º).

403 — III — *Regras comuns ao regime normal e ao regime subsidiário.* a) *Efeito internacional das sentenças de interdição.* O destino prático da convenção foi assegurar *efeito internacional* à interdição. Como, porém, a interdição resulta de uma sentença e como, em regra, as sentenças, para que tenham efeito internacional, precisam de ser submetidas a um processo de *exequatur*, precisava a convenção de determinar se as sentenças de interdição estavam ou não sujeitas a êsse processo. Assim o fez no artigo 9.º, cuja letra é:

«A interdição decretada pelas autoridades competentes, em conformidade das precedentes disposições, surtirá, pelo que respeita à capacidade e à tutela do interdito, os seus efeitos em todos os Estados contratantes, sem dependência de exequatur.

«Todavia as providências de publicidade, prescritas pela lei local relativamente à interdição decretada pelas autoridades do país, poderão ser declaradas por essa lei aplicáveis à interdição que tiver sido decretada por uma autoridade estranjeira, ou substituídas por providências análogas. Os Estados contratantes comunicar-se hão reciprocamente, por intermédio do govêrno neerlandês, as disposições que tiverem adoptado a êste respeito».

Êste artigo é, certamente, um dos mais importantes da convenção. Procuraremos esclarecê-lo, analisando-o sucessivamente quanto à não exigência de *exequatur*, quanto às medidas de publicidade, quanto à capacidade do interdito, e quanto ao exercício do regime tutelar a que o mesmo interdito fica sujeito.

a) *Exequatur.* Em geral, as sentenças proferidas em país estranjeiro não produzem efeitos sem serem revistas e confirmadas por um tribunal local, e daí a necessidade de a convenção decidir se a sentença de interdição ou de inabilitação estava ou não sujeita ao juízo de *exequatur*, sendo, como é, certo, que a doutrina e as legislações se dividem sôbre a exigência do *exequatur* quanto às sentenças que respeitam ao *estado* das pessoas (1).

Seguindo a doutrina adoptada pelo Instituto de direito internacional (2), aceitaram as conferências da Haia e consagrou a convenção o sistema da isenção de *exequatur* das sentenças de interdição ou de inabilitação.

Importa, porém, observar que não foi para *qualquer*

(1) *Actes*, IV, lugar cit.
(2) *Actes*, IV, pág. 36.
(3) *Actes*, IV, 42.

(1) L. I, n.º 201.
(2) *Annuaire*, IV, pág. 164.

efeito que a convenção reconheceu valor internacional às sentenças de interdição, independentemente de *exequatur*. Foi simplesmente no que respeita à *capacidade* e à *tutela* do interdito. Para *qualquer outro efeito*, será ou não necessário o *exequatur*, segundo o direito internacional privado comum de cada um dos Estados contratantes.

b) *Medidas de publicidade.* Como a sentença de interdição vem modificar a capacidade do interdito, é de evidente interesse torná-la conhecida, para precaução das pessoas que de futuro possam entrar em relações jurídicas com o mesmo interdito. Daí o aparecimento nas legislações de *medidas de publicidade*, semelhantes às prescritas no artigo 427.º do nosso Código de processo civil, onde se determina que a sentença que decretar a interdição será *publicada*, sem o que não produzirá efeitos em relação a terceiros.

Ora, dada a existência nas legislações destas medidas de publicidade para o fim de a interdição poder produzir efeitos em relação a terceiros, determinou o artigo 9.º que, embora seja dispensado o *exequatur*, pode a lei de cada um dos Estados contratantes: ou declarar que sejam aplicadas à interdição decretada por autoridades estranjeiras as medidas de publicidade aplicáveis à interdição decretada pelas autoridades do Estado local; ou estabelecer medidas de publicidade especiais aplicáveis à interdição decretada por autoridades estranjeiras.

Qual o alcance desta disposição?

É evidente, em primeiro lugar, que a convenção dá aos Estados contratantes uma *faculdade*, e não lhes impõe a *obrigação* de aplicar à interdição decretada por autoridades estranjeiras as medidas de publicidade aplicáveis à interdição decretada pelas suas autoridades.

Em segundo lugar, é certo que a aplicabilidade das providências de publicidade à interdição decretada por autoridades estranjeiras deve ser *expressamente* estabelecida pelas leis dos Estados contratantes, não bastando que nas suas leis haja medidas de publicidade aplicáveis à interdição decretada pelas suas autoridades. Por um lado, é significativo o texto, dizendo que as medidas de publicidade *poderão ser declaradas aplicáveis*, etc.; e, por outro lado, é terminante o relatório da comissão de 1904, nesta referência ao assunto:

«Resulta desta alínea que os Estados contratantes que quiserem fazer depender o efeito internacional das sentenças estranjeiras de certas formalidades de publicidade a realizar no seu território, devem *prevenir-se*, sem o que o efeito internacional da interdição não poderá ser embaraçado» (1).

Em Portugal não há qualquer preceito de lei que declare aplicáveis à interdição decretada em país estranjeiro as medidas de publicidade prescritas para a interdição decretada pelas autoridades portuguesas, nem há tão pouco quaisquer medidas de publicidade aplicáveis exclusivamente às interdições decretadas em país estranjeiro, e, por isso, o efeito internacional das sentenças de interdição proferidas pelos tribunais dos Estados contratantes não está dependente entre nós de quaisquer medidas de publicidade.

Em terceiro e último lugar, é igualmente certo que a fórmula — *providências de publicidade*, empregada pela convenção, compreende tanto a forma de publicidade que se realiza pela *imprensa* ou pela *afixação* em lugares públicos, como a forma de publicidade que resulta da *inscrição* da sentença num registo público e oficial. Foi êsse ponto esclarecido na discussão do assunto na conferência de 1900, em cujas *Actas* se lê o seguinte: «Os termos do artigo bastarão para exprimir, não só a publicidade pela imprensa, mas igualmente a feita por inscrição em registos públicos e oficiais» (2).

No final da alínea 2.ª do artigo 9.º estabelece-se: «Os Estados contratantes comunicar-se hão reciprocamente, por intermédio do govêrno neerlandês, as disposições que tiverem adoptado a êste respeito».

Esta disposição levanta a questão — se a execução do preceito da primeira parte da mesma alínea 2.ª depende da *condição* de os Estados contratantes, que queiram usar da faculdade aí estabelecida, haverem comunicado aos outros Estados, por intermédio do govêrno holandês, as providências que tiverem declarado aplicáveis à interdição decretada em país estranjeiro, ou se a comunicação de tais medidas

(1) *Actes*, IV, pág. 35.
(2) *Actes*, III, pág. 184.

representa um simples *meio* de facilitar o conhecimento das referidas providências.

Parece-nos que a doutrina mais segura é a de que a comunicação é, para os Estados contratantes, *condição* de exercício da faculdade de aplicarem à interdição decretada em país estranjeiro as medidas de publicidade estabelecidas nas suas leis.

Em primeiro lugar, é a solução mais conforme com a letra do texto. Êste emprega a fórmula — *comunicar-se hão*, fórmula imperativa e que evidentemente envolve uma *obrigação* para os Estados contratantes.

Em segundo lugar, parece a mesma doutrina a que está mais em harmonia com os trabalhos preparatórios da convenção.

Só uma referência foi feita ao assunto. É a que se encontra no relatório da comissão de 1904, nestes termos: «Como terceira alínea, a comissão admitiu a proposta do delegado da Áustria no sentido de que os Estados contratantes *serão obrigados* a comunicar-se recìprocamente as formalidades que êles houverem por bem estabelecer a respeito do efeito internacional da interdição» (1).

A proposta austríaca foi feita e aceita com o fim de estabelecer uma obrigação para os Estados contratantes, e semelhante obrigação redundaria numa inutilidade, se o seu não cumprimento não tivesse como conseqüência não poderem os Estados contratantes aplicar à interdição decretada em país estranjeiro quaisquer medidas de publicidade, sem haverem feito prèviamente a comunicação preceituada na convenção.

c) *Capacidade do interdito*. Já acima dissemos que a capacidade do interdito era regulada, em princípio, pela lei do país cuja autoridade decrete a interdição.

A capacidade das pessoas pode ser, porém, como sabemos, ou *capacidade de gôzo* de direitos, ou *capacidade de exercício* de direitos.

Sendo assim, a que espécie de capacidade se referirá o artigo 9.º, quando diz que a interdição decretada pelas autoridades competentes surtirá, pelo que respeita à *capacidade*

(1) *Actes*, IV, pág. 36.

do interdito, os seus efeitos em todos os Estados contratantes, independentemente de *exequatur*?

A comissão de 1904 dedicou algumas palavras a esta questão, que a esclarecem um pouco e que, por isso, vamos transcrever. Ei-las: «Não sendo a incapacidade de agir a única conseqüência legal da interdição, apareceu a questão de saber qual o alcance a dar ao efeito internacional da interdição.

«O interdito não sòmente se torna incapaz de agir — — *handlungsunfæhig*, mas é, além disso, privado do gôzo de certos direitos. A sua *Rechtsfæhigkeit* é igualmente atingida. Uma ou outra das leis positivas pode atingir os seus direitos relativamente ao poder paternal ou marital, ao regime matrimonial, ao direito de testar, etc.

«Pretenderemos nós regular, na convenção relativa à interdição e com um só traço, todos os conflitos de leis que podem apresentar-se relativamente a todos os efeitos da interdição?

«Esta questão foi levantada pela delegação da Alemanha e com justo motivo. A conferência nunca pretendeu regular, sob o ponto de vista internacional, outra coisa que não fosse a diminuïção de capacidade e o regime tutelar que disso é conseqüência.

«As conseqüências que a interdição pode ter sôbre as diferentes relações jurídicas que por ela são atingidas, só podem ser encaradas ùtilmente sob o ponto de vista dos conflitos de leis conjuntamente com todas as disposições que devem regê-las. A comissão adoptou, pois, a proposta da delegação alemã para o efeito de precisar a alínea 1.ª do artigo 3.º (9.º da convenção) neste sentido» (1).

O pensamento da comissão é, sem dúvida, que a convenção apenas teve em vista regular a interdição como declaração de incapacidade e regular o regime tutelar destinado a suprir a incapacidade de exercício pessoal de direitos, atribuindo competência para regular êsses assuntos à lei do país cuja autoridade decretar a interdição. Uma vez decretada a interdição, a capacidade ou incapacidade de agir e o regime tutelar destinado a suprir esta incapacidade são

(1) *Actes*, IV, pág. 35.

os regulados por aquela lei, mas a influência que a interdição possa ter sôbre o gôzo de determinados direitos, como, por exemplo, o direito de testar, deverá ser determinada pela lei competente para reger a atribuïção e gôzo dêsses direitos.

d) *Regime tutelar.* O regime tutelar organizado pela autoridade do Estado que decretar a interdição ou inabilitação deve ser reconhecido em todos os outros Estados contratantes, independentemente de qualquer autorização das autoridades locais. E isto tanto pelo que respeita à regência da pessoa como pelo que se refere à administração dos bens do interdito ou do inabilitado.

E qual a lei reguladora dos poderes e responsabilidades do tutor ou do curador que exerçam as suas funções fora do Estado cuja autoridade organizou a tutela ou a curatela? Não pode haver dúvida a esse respeito. É a lei daquele Estado. Essa lei, sendo, por fôrça do artigo 8.º, a lei reguladora da tutela ou da curatela, a sua aplicação torna-se legítima, por fôrça do artigo 9.º, em todos os outros Estados contratantes, excepto pelo que respeita aos bens imóveis submetidos pela lei da situação a um regime predial especial, relativamente aos quais o artigo 12.º manda observar o disposto na lei do país da situação, como a seu tempo veremos.

E é interessante observar que, no caso de a tutela ou curatela ser organizada pelas autoridades do Estado da residência habitual, o tutor ou o curador exercem a tutela ou a curatela em harmonia com a lei do país cuja autoridade decretar a interdição ainda no Estado de que o tutelado ou o curatelado sejam nacionais.

II — *Administração dos bens imóveis.* A administração dos bens do interdito é regulada pela *lei da interdição,* sem distinguir entre bens móveis e imóveis, salvo, quanto a estes, a competência da lei do lugar da situação, se esta os submeter a um regime predial especial. Tal é o preceito do artigo 12.º, assim redigido:

«Na aplicação das precedentes disposições, não haverá lugar a distinguir entre os bens móveis e os imóveis do incapaz, salvo quanto aos imóveis constituídos pela lei da situação sob um regime predial especial».

A administração dos bens do interdito, quer os bens sejam móveis, quer sejam imóveis, é assim regida pela lei do país cuja autoridade decretar a interdição e é exercida em todos os Estados contratantes sem dependência de *exequatur,* como acabamos de ver.

Contudo, permite a convenção um desvio de competência da lei da tutela ou da curatela para a *lei da situação dos imóveis,* para o caso de essa lei estabelecer para os mesmos imóveis um *regime predial especial.* O que pretenderia a convenção significar com isto?

Em primeiro lugar, é para nós certo que a convenção não quis respeitar *quaisquer* disposições da *lex rei sitae* relativas à administração tutelar dos bens imóveis pertencentes a interditos estranjeiros, mas pura e simplesmente as disposições que submetam êsses bens a um regime predial especial.

Em segundo lugar, é evidente que uma convenção sôbre o regime tutelar dos interditos não podia referir-se ao regime dos bens imóveis considerados em si mesmos, mas sim à administração tutelar dos mesmos bens, procurando evitar que a aplicação de uma lei estranjeira modifique êsse regime. Assim, se a lei da tutela ou da curatela permitir a livre divisão ou alienação dos imóveis e a lei da situação restringir ou proïbir tal divisão ou alienação, ou se a lei da situação formular leis especiais de administração tutelar para os bens de feudo, ou exigir formalidades de publicidade para os actos de administração tutelar, não estabelecendo a lei da tutela ou da curatela tais regras ou formalidades, sôbre a lei da tutela ou da curatela prevalece a lei da situação dos bens (1).

III — *Efeito internacional do levantamento da interdição.* O levantamento da interdição tem como efeito a restituïção do interdito ao estado de capaz e, como consequência, a supressão do regime tutelar que supria a sua incapacidade. Ora, como acontece com o decretamento da interdição, o seu levantamento é feito por meio de uma sentença ou por meio de uma decisão com o valor de uma sentença, e como, em regra, as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros só produzem efeitos desde que sejam sub-

(1) Supra, pág. 525 e 690.

metidas a um processo de *exequatur* e devidamente confirmadas, importava saber se a sentença que levantasse a interdição estava ou não sujeita a *exequatur*. Foi a questão resolvida pela alínea 3.ª do artigo 11.º, a qual dispõe: «As decisões que levantarem a interdição surtirão de pleno direito os seus efeitos sem dependência de *exequatur*».

404 — A par com o regime de *providências definitivas* destinadas a acautelar os interesses dos incapazes de maioridade, previu a convenção a necessidade de *providências provisórias*, regulando o seu regime no artigo 3.º, assim formulado:

«Se num dos Estados contratantes um cidadão de outro dêsses Estados se encontrar nas condições requeridas para a interdição em conformidade da sua lei nacional, todas as providências provisórias necessárias para a protecção de sua pessoa ou de seus bens poderão ser tomadas pelas autoridades locais.

«Disso se dará aviso ao govêrno do Estado de que êle for cidadão.

«Essas providências cessarão logo que as autoridades locais receberem das autoridades nacionais informação de haverem sido adoptadas providências provisórias ou de ter sido regulada por sentença a situação do indivíduo de que se tratar».

Embora a interdição seja em princípio regida pela lei nacional do interdicendo e as autoridades locais só possam decretar a interdição quando as autoridades nacionais não queiram ou não possam decretá-la, atribui a convenção competência, por motivos de humanidade e de interesse público, às autoridades locais para tomar medidas provisórias a respeito da pessoa e dos bens do interdicendo, mesmo sem a necessidade de prèviamente avisarem as autoridades nacionais, e mesmo que as autoridades locais não venham a ser competentes para decretar a interdição.

Que carácter tem, porém, a competência das autoridades locais? Em que condições pode ser exercida? Qual o critério da sua atribuïção relativamente às autoridades de cada país? Qual a sua extensão? Qual a sua duração?

Diz o artigo 3.º da convenção que «todas as providências provisórias *poderão* ser tomadas pelas autoridades locais». Tem assim a competência para as providências provisórias *carácter facultativo*. A convenção não impõe às autoridades dos Estados contratantes a *obrigação*, dá-lhes apenas a *faculdade* de tomarem essas providências (1).

As autoridades locais têm o poder de tomar providências provisórias para protecção da pessoa e dos bens do interdicendo; não podem, todavia, exercer êsse poder como e quando lhes aprouver, mas só dentro de certas *condições*. Estas condições estão indicadas no artigo 3.º e são as seguintes: 1.ª) que as providências sejam necessárias; 2.ª) que o interessado esteja nas condições de ser interdito segundo a sua lei nacional; 3.ª) que se dê comunicação às autoridades nacionais.

Sôbre a determinação da *competência* das autoridades que, em cada um dos Estados contratantes, podem tomar providências provisórias, nada estabeleceu a convenção. Deixou isso inteiramente à lei interna de cada Estado. A convenção não se propôs estabelecer *direito uniforme* em matéria de interdição, mas simplesmente estabelecer *direito internacional* e, por isso, limitou os seus preceitos, como era natural, à determinação da *competência internacional*, sendo a *competência interna* livremente fixada pelo direito dos Estados contratantes.

A *extensão* das medidas provisórias que entram na competência das autoridades locais deve ser estudada relativamente às *pessoas* a respeito de quem podem ser decretadas, relativamente ao *objecto* sôbre que podem recair, e relativamente à *natureza* das mesmas medidas.

1.º) *Pessoas*. A esfera de aplicação do artigo 3.º, quanto às pessoas que abrange, é determinada pelo artigo 14.º, assim redigido: «A presente convenção não se aplica senão à interdição de indivíduos que, sendo cidadãos de um dos Estados contratantes, tiverem a sua residência habitual em qualquer dêsses Estados. Todavia o artigo 3.º da presente convenção aplicar-se-há a todos os súbditos dos Estados contratantes».

Êste artigo 14.º, que foi aprovado sem discussão (2),

(1) *Actes*, III, pág. 18, 19, 38, 184, 185, 203 e 219.
(2) *Actes*, IV, pág. 15.

metidas a um processo de *exequatur* e devidamente confirmadas, importava saber se a sentença que levantasse a interdição estava ou não sujeita a *exequatur*. Foi a questão resolvida pela alínea 3.ª do artigo 11.º, a qual dispõe: «As decisões que levantarem a interdição surtirão de pleno direito os seus efeitos sem dependência de *exequatur*».

404 — A par com o regime de *providências definitivas* destinadas a acautelar os interesses dos incapazes de maioridade, previu a convenção a necessidade de *providências provisórias*, regulando o seu regime no artigo 3.º, assim formulado:

«*Se num dos Estados contratantes um cidadão de outro dêsses Estados se encontrar nas condições requeridas para a interdição em conformidade da sua lei nacional, todas as providências provisórias necessárias para a protecção de sua pessoa ou de seus bens poderão ser tomadas pelas autoridades locais.*

«*Disso se dará aviso ao govêrno do Estado de que êle for cidadão.*

«*Essas providências cessarão logo que as autoridades locais receberem das autoridades nacionais informação de haverem sido adoptadas providências provisórias ou de ter sido regulada por sentença a situação do indivíduo de que se tratar*».

Embora a interdição seja em princípio regida pela lei nacional do interdicendo e as autoridades locais só possam decretar a interdição quando as autoridades nacionais não queiram ou não possam decretá-la, atribui a convenção competência, por motivos de humanidade e de interesse público, às autoridades locais para tomar medidas provisórias a respeito da pessoa e dos bens do interdicendo, mesmo sem a necessidade de prèviamente avisarem as autoridades nacionais, e mesmo que as autoridades locais não venham a ser competentes para decretar a interdição.

Que carácter tem, porém, a competência das autoridades locais? Em que condições pode ser exercida? Qual o critério da sua atribuïção relativamente às autoridades de cada país? Qual a sua extensão? Qual a sua duração?

Diz o artigo 3.º da convenção que «todas as providências provisórias *poderão* ser tomadas pelas autoridades locais». Tem assim a competência para as providências provisórias *carácter facultativo*. A convenção não impõe às autoridades dos Estados contratantes a *obrigação*, dá-lhes apenas a *faculdade* de tomarem essas providências (1).

As autoridades locais têm o poder de tomar providências provisórias para protecção da pessoa e dos bens do interdicendo; não podem, todavia, exercer êsse poder como e quando lhes aprouver, mas só dentro de certas *condições*. Estas condições estão indicadas no artigo 3.º e são as seguintes: 1.ª) que as providências sejam necessárias; 2.ª) que o interessado esteja nas condições de ser interdito segundo a sua lei nacional; 3.ª) que se dê comunicação às autoridades nacionais.

Sôbre a determinação da *competência* das autoridades que, em cada um dos Estados contratantes, podem tomar providências provisórias, nada estabeleceu a convenção. Deixou isso inteiramente à lei interna de cada Estado. A convenção não se propôs estabelecer *direito uniforme* em matéria de interdição, mas simplesmente estabelecer *direito internacional* e, por isso, limitou os seus preceitos, como era natural, à determinação da *competência internacional*, sendo a *competência interna* livremente fixada pelo direito dos Estados contratantes.

A *extensão* das medidas provisórias que entram na competência das autoridades locais deve ser estudada relativamente às *pessoas* a respeito de quem podem ser decretadas, relativamente ao *objecto* sôbre que podem recair, e relativamente à *natureza* das mesmas medidas.

1.º) *Pessoas*. A esfera de aplicação do artigo 3.º, quanto às pessoas que abrange, é determinada pelo artigo 14.º, assim redigido: «A presente convenção não se aplica senão à interdição de indivíduos que, sendo cidadãos de um dos Estados contratantes, tiverem a sua residência habitual em qualquer dêsses Estados. Todavia o artigo 3.º da presente convenção aplicar-se há a todos os súbditos dos Estados contratantes».

Êste artigo 14.º, que foi aprovado sem discussão (2),

(1) *Actes*, III, pág. 18, 19, 38, 184, 185, 203 e 219.
(2) *Actes*, IV, pág. 45.

apenas mereceu à comissão esta ligeira nota: «O artigo 14.º do projecto (14.º da convenção) foi completado por uma alínea relativa a medidas provisórias, que devem ser tomadas mesmo se os nacionais dos Estados contratantes não tiverem no território de qualquer deles senão uma *residência passageira*» (1).

Da aproximação dos artigos 3.º e 14.º e das palavras da comissão resultam claramente estas duas regras: α) o art. 3.º da convenção apenas se refere aos súbditos dos Estados contratantes; β) para determinar a competência das autoridades locais, quanto a providências provisórias, basta que o interessado tenha no Estado local uma residência meramente temporária.

2.º) *Objecto*. O artigo 4.º do projecto de programa falava em medidas provisórias para protecção dos *interesses* do interdicendo. O govêrno francês propôs, porém, que, em vez da fórmula tão genérica—*protecção dos interesses*, se usasse a fórmula menos indeterminada—*protecção da pessoa e dos interesses* (2). A comissão aceitou a indicação da proposta francesa, adoptando, porém, a fórmula ainda mais precisa—*protecção da pessoa e dos bens*, justificando-a dêste modo: «Da redacção francesa aceitámos a menção especial relativa à protecção da *pessoa* e dos *seus* bens, para eliminar toda a consideração de interesses estranhos à pessoa e ao património» (3).

3.º) *Natureza*. Na discussão em assemblea geral da conferência, o delegado suíço Roguin fez as seguintes observações: «A comissão estabeleceu judiciosamente distinção entre as providências provisórias cuja natureza é impossível determinar com antecipação e que podem tornar-se necessárias em qualquer país, e as *providências provisórias de interdição* pròpriamente ditas, que devem ter lugar no país de residência habitual» (4).

Esta distinção entre providências provisórias *de carácter geral* e providências provisórias *de interdição*, que Hammarskjœld, delegado sueco, declarou aceitar (1), não foi impugnada por nenhum dos membros da comissão nem da conferência, donde deve inferir-se que ela estava, com efeito, no espírito tanto da comissão como da conferência e que, portanto, em harmonia com ela se deve entender a convenção. Sendo assim, resulta que as autoridades locais de um dos Estados contratantes em cujo território se encontre um nacional de outro dêsses Estados nas condições de ser interdito, mas que aí tenha uma residência meramente temporária, só podem tomar medidas provisórias gerais e nunca quaisquer providências que já envolvam uma interdição e, portanto, uma restrição de capacidade.

(1) *Actes*, IV, pág. 37.º.
(2) *Documents*, de 1904, pág. 108.
(3) *Actes*, IV, pág. 31.
(4) *Actes*, IV, pág. 17 e 18.

As medidas provisórias decretadas pelas autoridades locais *cessam* quando se verifique uma das três circunstâncias: 1.ª) de as autoridades locais receberem das autoridades nacionais aviso de haverem sido tomadas providências provisórias; 2.ª) de ter sido regulada por sentença a situação do interessado; 3.ª) ou de as mesmas providências serem revogadas pelas autoridades nacionais ou pelas autoridades locais a pedido das autoridades nacionais, quer por não serem necessárias, quer por o interessado não se encontrar nas condições de ser interdito em conformidade da sua lei nacional (Conv., artigo 3.º, alínea 3.ª).

405—A esfera de aplicação da convenção deve ser considerada quanto à sua *extensão geográfica*, quanto às *instituïções* que abrange, quanto às pessoas que compreende e quanto ao *tempo* em que podem ser executadas as suas disposições.

Quanto a *extensão geográfica*, é o campo de aplicação da convenção delimitado pelo artigo 16.º, em tudo igual ao artigo 12.º da convenção relativa aos efeitos do casamento. Remetemos, por isso, o leitor para o que dissemos sôbre o assunto, ao estudar a referida convenção (2).

Quanto às *instituïções* que abrange, delimita a esfera de aplicação da convenção o artigo 13.º, cuja letra é:

«São comuns as regras conteúdas na presente convenção à interdição pròpriamente dita, à instituïção de uma

(1) *Actes*, IV, pág. 18.
(2) Supra, 527.

curatela, à nomeação dum curador especial, bem como a todas as demais providências análogas, que importarem restrição de capacidade».

O projecto de programa da conferência de 1904 (1), em harmonia com o projecto elaborado pela comissão da conferência de 1900 (2), compreendia imediatamente nas suas disposições tanto a interdição propriamente dita como quaisquer outras medidas tutelares destinadas a suprir a incapacidade das pessoas de maioridade, como se vê do seu artigo 1.°, assim redigido: «A interdição dos maiores — aí compreendida qualquer outra medida análoga — é regulada pela lei nacional dos interdicendos, salvas as excepções a esta regra contidas nos artigos seguintes».

Os governos belga e francês propuseram, porém, que, para facilitar a redacção, era preferível falar nos diversos artigos apenas da interdição e declarar numa disposição final que as regras estabelecidas se aplicavam também à constituïção de uma curatela e à nomeação de um curador especial (3), aceitando a comissão de 1904 tal proposta, como se vê dos artigos 1.° e 12.° do seu projecto, que correspondem aos artigos 1.° e 13.° da convenção, e como a própria comissão explicou no seu relatório: «Adoptámos igualmente a modificação de redacção de apenas referir as disposições à interdição e de declarar num artigo final que as mesmas regras se aplicam a todas as outras medidas de protecção (propostas francesa e belga)» (4).

Mas, se o método foi diferente, o pensamento é o mesmo, e consiste em que as regras formuladas nos artigos 1.° a 12.°, que analisaremos, se aplicam a todas as instituïções que, análogamente à interdição, têm por fim proteger os incapazes de maioridade.

O que, por isso, importa saber é quais serão as instituïções análogas à interdição a que se refere o artigo 13.° da convenção.

Para êsse efeito, contêm o artigo dois exemplos e uma regra. Os exemplos são a *instituïção de uma curatela* e a

(1) *Documents*, de 1900, pág. 172.
(2) *Actes*, III, pág. 202.
(3) *Documents*, de 1904, pág. 239 e 264.
(4) *Actes*, IV, pág. 27.

nomeação de um curador especial, e a regra é assim formulada: todas as demais providências análogas, que importarem restrição de capacidade.

Com o fim de esclarecer o pensamento do mesmo artigo, escreveu a comissão: «A quarta comissão, tendo de examinar o projecto de convenção relativo à tutela dos maiores, entendeu que não devia perder de vista que as disposições dêste projecto respeitam ùnicamente às diminuïções de capacidade estabelecidas por virtude das diferentes manifestações de fraqueza de espírito, de doenças mentais e desequilíbrio moral, qualquer que seja a forma sob a qual as legislações positivas prevêem estas incapacidades e as medidas de protecção que as acompanham. A convenção não se refere, pois, de modo nenhum, às disposições relativas à ausência, e apenas abrange as instituïções tutelares destinadas a suprir os diferentes estados de incapacidade das pessoas. A tutela, a curatela, o curador especial, a prorrogação da tutela além da maioridade, fazem, pois, parte dêste regime tutelar, ao qual a expressão *tutela dos maiores* parece corresponder» (1).

Do texto e do seu comentário oficial resultam as seguintes conclusões acêrca das instituïções abrangidas pela convenção: *a*) o regime da convenção aplica-se a todas as próvidências que, por um motivo de doença mental ou de desequilíbrio moral, tendam a restringir a capacidade das pessoas, como a instituïção de uma curatela, a nomeação de um curador especial e todas as providências análogas; *b*) a convenção apenas abrange as instituïções que se fundam numa inferioridade mental ou moral e que têm por fim a protecção dos indivíduos; *c*) ficam de fora da esfera de aplicação da convenção as providências relativas aos bens do ausente, que se não fundam numa restrição de capacidade, assim como ficam de fora as restrições de capacidade do falido e dos condenados, que se fundam, a primeira, na protecção dos credores e, a segunda, na defesa da sociedade contra o crime.

A luz dêstes critérios é fácil determinar as instituïções que entram no âmbito de aplicação da convenção. É assim

(1) *Actes*, IV, pág. 27.

que aí entram, além da interdição propriamente dita, que aparece no direito holandês, italiano, português e rumeno, — a *curatela especial* do direito rumeno para os pródigos e fracos de espírito, a *inabililitação* do direito italiano para os fracos de espírito, para os surdos-mudos e para os cegos, e a *tutela* ou *curatela geral* ou *especial* do direito português, para os surdos-mudos e para os pródigos (1).

O domínio de aplicação dos preceitos da convenção quanto ás *pessoas* visadas pelo seu regime de protecção é determinado no artigo 14.º, nestes termos:

«A presente convenção não se aplica senão à interdição de indivíduos que, sendo cidadãos de um dos Estados contratantes, tiverem a sua residência habitual em qualquer dêsses Estados.

«Todavia o artigo 3.º da presente convenção aplicar-se há a todos os cidadãos dos Estados contratantes».

Da leitura dêste artigo e da sua comparação com o artigo 3.º, para o qual remete a alínea 2.ª, vê-se que a esfera de aplicação da convenção varia, segundo se trata de *providências definitivas* ou de *providências provisórias*.

Os preceitos da convenção em que se estabelece o regime de *providências definitivas* para protecção dos incapazes de maioridade, que são os preceitos dos artigos 1.º, 2.º e 4.º a 12.º, aplicam-se exclusivamente aos *nacionais* dos Estados contratantes que tenham a sua *residência habitual* no território de algum dêsses Estados.

No artigo 3.º dá a convenção competência às autoridades do Estados de residência de incapaz para adoptar as *medidas provisórias* necessárias à protecção da pessoa ou dos bens do mesmo incapaz. Ora, por fôrça do artigo 14.º, êste preceito aplica-se a todos os súbditos dos Estados contratantes e, conseguintemente, tanto aos que tenham em algum dêsses Estados *residência habitual*, como aos que aí tenham meramente uma *residência temporária*, como ainda àqueles que apenas aí se encontrem *de passagem*.

Quanto à medida da sua aplicação no *tempo*, nada dispõe a convenção, mas, atendendo a que se trata do regime

(1) Vide: *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 48, n.º 1995 pág. 99.

da capacidade, que é um poder legal, deve a presente convenção, como acontece com a convenção respeitante à tutela de menores, aplicar-se às interdições decretadas antes da sua vigência, e deixar de aplicar-se às interdições decretadas na sua vigência, logo que seja denunciada (1).

(1) Supra, pág. 705.

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 406 — Interdição de portugueses em país estranjeiro. 407 — Interdição de estranjeiros em Portugal.

406 — O estudo do regime jurídico internacional da interdição segundo o direito português comum compreende, fundamentalmente, a investigação — do regime da interdição de portugueses em país estranjeiro, — e do regime da interdição de estranjeiros em Portugal.

I — *Interdição de portugueses em país estranjeiro.* A determinação do regime da interdição de portugueses em país estranjeiro supõe o esclarecimento dos seguintes pontos: competência do tribunal, causas da interdição, legitimidade para a requerer, efeitos da interdição quanto à incapacidade do interdito e quanto ao regime tutelar, e reconhecimento em Portugal da sentença de interdição.

a) *Competência do tribunal.* A interdição de um português em país estranjeiro só poderia ser decretada ou pelos cônsules portugueses ou pelos tribunais estranjeiros.

Como já vimos, porém, os cônsules portugueses não têm competência para conhecer de questões relativas ao estado das pessoas, nem mesmo nos países de capitulações, e, portanto, também não podem conhecer de acções de interdição, as quais pertencem evidentemente àquela categoria de acções (1).

O que importa, pois, averiguar é se um cidadão português pode ser interdito por um tribunal estranjeiro.

Como já mostrámos, as nossas leis não estabelecem a exclusiva competencia dos tribunais portugueses para conhecerem das questões de estado relativas a portugueses e, por isso, poderão êstes ser interditados por tribunais estranjeiros, desde que em relação a êstes tribunais se dê a causa determinativa da competência para as acções de interdição segundo a lei portuguesa, que é o domicílio do interdicendo (Código civil, artigo 314.°, Código de processo civil, artigo 30.° (1).

b) *Causas da interdição.* A lei competente para determinar as causas de interdição de portugueses em país estranjeiro é a lei portuguesa. É a doutrina que resulta claramente do artigo 24.° do Código civil, quando dispõe que os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro ficam sujeitos à lei portuguesa concernente ao seu estado e à sua capacidade. Com efeito, as causas por que uma pessoa pode ser interdita são causas determinantes de um *estado de incapacidade* e, por isso, a lei que as determina respeita ao estado das pessoas.

c) *Legitimidade para requerer a interdição.* A interdição é um estado de incapacidade que só pode ser decretado por um motivo determinado na lei e êste motivo só produz os seus efeitos quando devidamente alegado e provado em juízo por pessoas que a lei considere legítimas. A legitimidade do requerente anda assim intimamente relacionada com a legitimidade da causa da interdição, emquanto o requerente *provoca* a verificação da *causa de incapacidade*, e, por isso, parece lógico que a legitimidade para requerer a interdição seja normalmente regulada pela mesma lei que regula as causas da interdição, que deve ser a lei portuguesa (2).

d) *Efeitos da interdição.* Os efeitos da interdição são fundamentalmente dois — a incapacidade do interdito e o regime tutelar que supre esta incapacidade. Consideremo-los separadamente.

1.°) *Incapacidade.* Decretada a interdição, o interdito *pode ficar* privado do *gôzo* de certos direitos, como o direito de testar, e *fica sempre* privado, quer do *exercício pessoal e independente* dos seus direitos patrimoniais, quer do *poder*

(1) Supra, pág. 725.

(1) Supra, n.°s 263 e 339, e pág. 607, nota (1), e 650.
(2) Supra, pág. 22.

de exercer êsses direitos sem a *autorização* ou *assistência* de um curador, administrador, etc.

Qual deverá ser, pois, a lei competente para determinar tanto a *incapacidade de gôzo de direitos* como a *incapacidade de exercícios de direitos?*

A incapacidade de gôzo de direitos deve ser determinada pela lei que regula a atribuïção dos mesmos direitos [1]).

A incapacidade de exercício pessoal de direitos, quer *completa,* se os direitos são exercidos pelo *representante legal* do incapaz, quer *incompleta,* se o incapaz os pode exercer mediante *autorização* ou *assistência* de um curador ou administrador, deve ser regulada pela lei portuguesa, como lei nacional do interdito. É a doutrina que resulta do artigo 24.° do Código civil, onde claramente se diz que os portugueses que viajam ou residem em país estranjeiro ficam sujeitos às leis portuguesas concernentes à sua capacidade civil. Perante o preceito daquele artigo, não pode de modo algum seguir-se o sistema adoptado pela convenção (artigo 8.°), segundo o qual a capacidade de exercício de direitos do interdito é regulada pela lei do país cuja autoridade organizar a tutela ou a curatela e, portanto, pela lei local, se pela autoridade local a tutela ou a curatela for organizada.

Sendo assim, o português interdito por demência em país estranjeiro estará privado do exercício pessoal de todos os seus direitos, e o interdito por surdez-mudez ou prodigalidade terá o seu grau de incapacidade dependente da sentença que o interditar.

2.°) *Regime tutelar.* A interdição de uma pessoa, por demência ou por qualquer outro motivo, produz, em maior ou menor grau, a *incapacidade* dessa pessoa e determina, como conseqüência, a instituïção de um *regime tutelar* destinado a suprir tal incapacidade.

Independentemente do nome que possa ter (tutela, curatela, administração, etc.), o regime tutelar reveste duas formas fundamentais — *regime tutelar de representação,* dentro do qual o incapaz não exerce por si os seus direitos, sendo êstes exercidos pelo seu representante, e *regime tutelar de autorização,* dentro do qual os incapazes exercem êles mesmos

(1) Supra, n.° 221 e pág. 472.

os seus direitos com autorização de uma pessoa para isso nomeada.

Êste segundo regime ainda pode oferecer duas variantes, consoante a autorização tem de ser dada no momento da prática do acto jurídico, tomando a forma de *assistência,* ou a pessoa competente para autorizar o acto pode limitar-se a habilitar o incapaz a praticar o mesmo acto, tomando assim a forma de *simples autorização.*

Pelo direito português, os dementes e os surdos-mudos estão sujeitos a *tutela,* que é, segundo as nossas leis, um regime de *representação* (Código civil, artigos 321.° e 243.°, n.° 1.°), e os pródigos estão sujeitos a *curatela,* que é um regime de *simples autorização* (Código citado, artigo 349.°).

Sendo assim, importa determinar a lei reguladora do regime tutelar dos portugueses interditos por tribunais estranjeiros.

Podia parecer, à primeira vista, que o assunto devia ser regulado exclusivamente pela lei portuguesa, como lei reguladora do estado dos portugueses que residem em país estranjeiro (Código citado, artgio 24.°), e por o regime tutelar ser uma instituïção relativa ao estado das pessoas, e que, por isso, mesmo em país estranjeiro, os dementes e os surdos-mudos deveriam ser submetidos a uma tutela e os pródigos a uma curatela, organizadas nos termos da lei portuguesa.

Contudo, se devesse entender-se assim o artigo 24.° do Código civil, dificilmente se poderia organizar em país estranjeiro a tutela ou a curatela de um português interdito, pois dificilmente também os regimes tutelares estabelecidos pelas leis estranjeiras serão inteiramente iguais aos estabelecidos pelas leis portuguesas, e é evidente que os tribunais estranjeiros não poderão organizar qualquer regime tutelar senão em harmonia com a sua própria lei, por isso que um regime tutelar é sempre quer a *intervenção* da autoridade pública na protecção dos incapazes quer a *cooperação* da mesma autoridade e dos particulares nessa protecção, e a organização e exercício das funções da autoridade pública, quer intervindo quer cooperando na protecção dos incapazes, não podem ser regulados senão pela lei do país a que a mesma autoridade pertence.

Cremos, porém, que o alcance do preceito do artigo 24.º do Código civil, sujeitando os portugueses, que residem em país estranjeiro, às leis portuguesas relativas ao seu estado, não vai até o ponto de exigir que o regime tutelar do interdito seja organizado inteiramente de harmonia com a lei portuguesa. O que o artigo significa, em nosso conceito, é que, mesmo em país estranjeiro, o estado dos portugueses deve ser *determinado* em harmonia com a lei portuguesa e que a sua capacidade deve ser *medida* também em harmonia com a lei portuguesa. A *forma*, porém, por que se *verifica* o estado e por que se *supre* a incapacidade fica dependente da lei do país onde se definir o estado e se organizar o regime de suprimento da incapacidade. Assim: o *estado de interdito* só poderá ter lugar nos casos indicados pela lei portuguesa e a *capacidade* do mesmo interdito será medida por esta lei, mas a *forma do processo* para verificar a demência, a surdez-mudez e a prodigalidade, bem como a *forma da organização do regime tutelar*, entram na esfera de competência da lei do país cuja autoridade organizar êste regime.

A demonstração desta doutrina parece-nos simples.

Em primeiro lugar, compreende-se fàcilmente que uma mesma lei pode ser aplicada por formas diversas e por autoridades diferentes, produzindo-se sempre o mesmo resultado. Assim, a lei que estabelece a interdição dos dementes, dos surdos-mudos e dos pródigos pode, evidentemente, ser aplicada quer por um tribunal português quer por um tribunal estranjeiro, e quer pela forma de processo da lei portuguesa, quer pela forma de processo de uma lei estranjeira, verificando-se sempre a demência, a surdez-mudez e a prodigalidade; e, uma vez verificada qualquer destas causas de incapacidade, é igualmente compreensível que bem pode uma lei fixar o *gráu de incapacidade*, e outra determinar a *forma do seu suprimento*.

Em segundo lugar, o direito português distinguiu claramente entre as leis que medem o *gráu de actividade jurídica* das pessoas, e as leis que regem a *forma* de exercício dessa actividade e a forma de intervenção da autoridade para tornar possível êsse exercício. Assim: o artigo 24.º do Código civil, ao mesmo tempo que sujeitou os portugueses no estranjeiro às leis portuguesas relativas ao estado, à capacidade e à propriedade imobiliária sita em Portugal, acrescentou que a forma externa dos actos será regulada pela lei do lugar da celebração, sinal evidente de que o respeito da lei portuguesa relativa ao estado e à capacidade cabe em moldes diferentes de forma externa dos actos e é compatível com a intervenção das autoridades de diferentes países; o artigo 31.º do mesmo Código, desenvolvido pelos artigos 1087.º e seguintes do Código de processo civil, torna exeqüíveis em Portugal as sentenças proferidas em país estranjeiro sôbre direitos civis, ainda quando fosse competente a lei portuguesa para resolver a questão (Código de processo civil, artigo 1088.º, § 1.º, n.º 6.º), o que mostra que uma lei portuguesa pode ser aplicada por um tribunal estranjeiro e por uma forma de processo estabelecida em leis estranjeiras; os artigos 240.º e 241.º do código do registo civil dão efeitos em Portugal às sentenças de divórcio e de anulação do casamento proferidas em país estranjeiro entre súbditos portugueses, e isso indica que os tribunais estranjeiros podem aplicar a cidadãos portugueses leis portuguesas relativas ao estado e capacidade das pessoas, pois tal natureza têm certamente as leis relativas ao divórcio e à anulação do casamento. Mas, se os tribunais e autoridades estranjeiros podem aplicar a cidadãos portugueses, pela forma estabelecida nas leis estranjeiras, leis portuguesas relativas ao estado e capacidade das pessoas, para resolver questões que a essas pessoas respeitam, não é senão lógico admitir que os mesmos tribunais e autoridades podem aplicar a interditos portugueses a lei portuguesa, como lei de capacidade, segundo a forma de um regime tutelar estabelecido pelas leis estranjeiras.

Das considerações feitas resulta lògicamente a conclusão de que o regime tutelar de um português interdito em país estranjeiro é o regime estabelecido pela lei estranjeira, uma vez que sejam respeitados os preceitos da lei portuguesa que restringem a capacidade dos interditos.

e) *Reconhecimento em Portugal da interdição decretada em país estranjeiro.* Segundo o sistema aceito pela convenção, as sentenças de interdição produzem efeitos em todos os Estados contratantes, quanto à capacidade do interdito e quanto ao regime tutelar, independentemente de *exequatur*. Será de seguir a mesma doutrina em face do

direito português comum? Entendemos que não. Só depois de revista e confirmada por alguma das Relações, é que a sentença de interdição proferida em país estranjeiro poderá produzir efeitos em Portugal (1).

407 — II — *Interdição de estranjeiros em Portugal.* a) *Competencia do tribunal.* Já noutro lugar demonstrámos que os tribunais portugueses têm competência para conhecer de acções de estado relativas a estranjeiros, uma vez que a seu respeito se verifiquem as causas determinativas da competência previstas na lei portuguesa. Para aí remetemos pois o leitor (2), limitando-nos por agora a afirmar que os tribunais portugueses terão competência para decretar a interdição de estranjeiros, se estes tiverem em Portugal o seu domicílio, visto ser o domicílio o elemento determinativo da competência para conhecer das acções de interdição (Código de processo civil, artigo 30.°).

b) *Causas da interdição.* As causas da interdição de estranjeiros em Portugal devem ser determinadas pela lei nacional do interdito. É a doutrina que deriva do artigo 27.° do Código civil, que manda regular o estado e capacidade dos estranjeiros pela lei do seu país. As causas da interdição são a razão da modificação do *estado* e da criação da *incapacidade* do interdito e, por isso, a sua determinação cabe lógicamente à lei nacional do mesmo interdito.

(1) Como a respeito da tutela de menores, entendemos que o nosso direito reconhece a *universalidade* da tutela ou da curatela de maiores, isto é, que essa tutela ou curatela produz efeitos em Portugal desde que a sentença de interdição seja confirmada por alguma das Relações. Esta doutrina da universalidade da tutela ou da curatela do interdito foi consagrada pela convenção, mesmo sem necessidade de *exequatur* da respectiva sentença, é a doutrina que mais se harmoniza com o destino da tutela e da curatela, nenhum obstáculo lhe opõem as nossas leis e, por isso, deve considerar-se por elas reconhecida, àparte a exigência de *exequatur* para as sentenças de interdição, que deve supor-se comum a todas as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros, a não ser que convenção especial a dispense (L. I, n.° 201).

Cumpre notar que, como acontece em matéria de tutela de menores, o direito inglês e o direito americano não reconhecem, em princípio, ao tutor ou curador de um interdito, nomeado em país estranjeiro, o direito de exercer no país as suas funções. Contudo, os tribunais podem autorizá-los a exercê-las, e a tendência dos mesmos tribunais é no sentido de conceder essa autorização (Vide: Dicey, *Conflict of laws*, pág. 491 e seg.; Wharton, § 260; Meili, ob. cit., pág. 254; Weiss, *Traité*, III, pág. 420, nota 3).

(2) Supra, pág. 155, 483, 598 e 607, nota (1).

A aplicação desta doutrina encontra, porém, dificuldades na hipótese de existir na lei nacional uma causa de incapacidade que não seja reconhecida pela lei portuguesa, como, por exemplo, a *cegueira* ou a *embriaguez*, aparecendo naturalmente esta questão: poderá ser interdito em Portugal um estranjeiro por uma causa não prevista pela lei portuguesa?

Já apreciámos, porém, esta questão, decidindo-nos pela exclusiva competência da lei nacional (1).

c) *Legitimidade para requerer a interdição.* Segundo se vê do estudo comparativo das legislações, a interdição pode ser *requerida* por um *particular*, representante ou parente do interdicendo, ou pelo *ministério público*, como representante da sociedade, bem como poder ser *decretada* oficiosamente pelo tribunal.

Em Portugal, porém, apenas pode ser requerida por um particular ou pelo ministério público (Código civil, art. 315.°).

Além disso, pode muito bem acontecer que sejam diferentes as *pessoas* particulares que, segundo a lei portuguesa e segundo a lei nacional do interessado, têm legitimidade para requerer a interdição, assim como podem ser diferentes as *condições* em que, segundo uma e outra lei, cabe a legitimidade ao ministério público.

Por que lei deverá, pois, determinar-se a legitimidade?

Já mostrámos que, em princípio, a lei para isso competente é a lei nacional do interdicendo, sempre que se trate de parentes ou representantes do interessado (2).

Outro ponto também consideramos fora de dúvida. É que deve equiparar-se a promoção do ministério público à intervenção oficiosa do tribunal, como tivemos ocasião de demonstrar (3).

Resta, porém, esta questão: quando a intervenção do ministério público seja estabelecida pela lei portuguesa, não o sendo, porém, pela lei nacional do interessado, ou quando, sendo-o pela lei estranjeira, o não seja pela lei portuguesa, *deverá* o ministério público, no primeiro caso, e *poderá*, no segundo, requerer a interdição?

(1) Supra, pág. 22.
(2) Supra, pág. 755.
(3) Supra, pág. 730.

Requerida por particulares ou promovida pelo ministério público, a interdição tem sempre por fim principal a protecção do incapaz, é, por isso, sempre de protecção individual a lei que estabelece a legitimidade para a requerer, pelo que nos parece que a legitimidade da intervenção do ministério público se deve determinar em harmonia com a lei nacional do interdicendo.

Devemos observar, porém, que há quem entenda, como Weiss (1), que a lei que estabelece a intervenção do ministério público é uma lei de ordem pública internacional e, como tal, aplicável a nacionais e a estranjelros. Em face de tal doutrina, o ministério público poderia requerer em Portugal a interdição de um estranjeiro quando para isso fosse autorizado pela lei portuguesa, embora o não fosse pela lei estranjeira.

d) *Efeitos da interdição.* Como temos dito, os efeitos gerais da interdição são a incapacidade do interdito e o regime tutelar que vem suprir essa incapacidade. Importa, pois, determinar a lei reguladora quer da incapacidade quer do regime tutelar do estranjeiro interdito em Portugal.

1.°) *Incapacidade.* A lei reguladora da incapacidade do interdito é directamente determinada pelo artigo 27.° do Código civil, que manda regular a capacidade dos estranjeiros pela lei do seu país.

Sendo assim, o estranjeiro interdito em Portugal ficará privado do exercício pessoal e autónomo daqueles direitos de que a sua lei nacional privar as pessoas que sejam interditas pela causa de incapacidade que em Portugal sirva de base à interdição.

2.°) *Regime tutelar.* Em face das considerações que acima fizemos, a propósito do regime tutelar dos portugueses interditos em país estranjeiro, a doutrina a estabelecer é que o regime tutelar de um estranjeiro interdito em Portugal deverá ser um dos regimes tutelares organizados pela lei portuguesa. Como, porêm, a lei portuguesa estabelece dois regimes tutelares para os interditos, um *regime de representação* — a tutela, e um *regime de autorização* — a curatela, deverá escolher-se a tutela ou a curatela, segundo a

(1) *Traité*, tomo III, pág. 418.

lei nacional fizer corresponder à causa que tiver determinado a interdição um regime de representação ou um regime de autorização. A *espécie* do regime tutelar relaciona-se evidentemente com o grau de incapacidade do interdito e, por isso, sempre que seja possível, deve estabelecer-se um regime tutelar da espécie exigida pela lei nacional.

Na escolha do regime de autorização, que é entre nós a curatela, é indiferente que a lei estranjeira estabeleça o regime de *assistência* ou o regime de *simples autorização*. Êsses dois regimes equivalem-se fundamentalmente.

Na organização da tutela ou da curatela, não há que atender senão à lei portuguesa. Tem aqui inteira aplicação o que escrevemos acêrca da organização da tutela de menores portugueses em país estranjeiro (1).

Como lei competente para presidir à organização da tutela e da curatela, é ainda a lei portuguesa que lògicamente deve definir as atribuïções e as responsabilidades dos órgãos da tutela, quanto aos actos de cuja prática o interdito for privado em harmonia com a lei nacional.

e) *Levantamento da interdição e fim da tutela ou da curatela.* A interdição e o regime tutelar que supre a incapacidade do interdito ficam sem razão de ser desde que cesse a causa que os determinou, e daí os preceitos dos artigos 336.° e 352.° do Código civil e 431.° e 432.° do Código de processo civil, que determinam as *causas* por que, ou o *prazo* depois do qual, pode ser levantada a interdição, dando pois finda a tutela ou a curatela do interdito.

Quando seja interdito em Portugal um estranjeiro, pode a lei do seu país, que é a lei normalmente competente para reger a interdição, ser diferente da lei portuguesa a respeito das causas que fazem cessar a interdição, do prazo depois do qual esta pode ser levantada e dos efeitos que produz o levantamento.

Em princípio, deve estabelecer-se a doutrina de que todos estes assuntos são regulados, no que respeita ao direito substantivo, pela lei nacional do interdito. Todos êles respeitam ao estado e capacidade das pessoas e, portanto, são regulados pela lei pessoal (Código civil, artigo 27.°).

(1) Supra, pág. 710.

Num ponto, porém, poderia parecer que a lei portuguesa deveria prevalecer sôbre a lei nacional do interdito. É no que se refere ao *prazo mínimo* depois do qual pode ser levantada a interdição por prodigalidade.

Segundo o nosso direito, êsse prazo é de cinco anos (Código civil, artigo 432.°; Código de processo civil, artigo 352.°), mas há leis, como a francesa (Código civil, artigo 514.°), onde nenhum prazo se estabelece. Ora, atendendo a que a prodigalidade é um *hábito de dissipação* e a que os hábitos se não perdem ràpidamente, sendo indispensável um período suficiente de prova para que se considere viável o pedido de levantamento da interdição, podia afigurar-se que o prazo marcado pela lei portugueza constitui uma condição de seriedade na administração da justiça e que, por isso mesmo, a lei que o estabelece é obrigatória para nacionais e estranjeiros (1).

Contudo, semelhante preceito não pode, nos Estados signatários da convenção da Haia, como é Portugal, ser considerado de ordem pública internacional, pela razão simples de que o artigo 11.° da convenção preceitua que a interdição decretada pelas autoridades locais pode ser levantada por estas por *quaisquer motivos* previstos na lei nacional ou na lei local, sinal de que, perante a mesma convenção, a lei que regula o levantamento da interdição não é de ordem pública internacional. Mas, sendo assim, porque as convenções marcam, quanto aos assuntos que regulam, como por mais de uma vez temos dito (2), o limite máximo da acção inibitória das leis locais como leis de ordem pública internacional, vem o corolário seguro de que os preceitos da lei portuguesa que regulam o levantamento da interdição se devem aplicar apenas aos cidadãos portugueses.

FIM DO SEGUNDO VOLUME

(1) Vide *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano XLVI, n.° 1950, pág. 410 a 412.
(2) Supra, pág. 446, 611 e 688.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS

ÍNDICE DAS MATÉRIAS

LIVRO II

APLICAÇÕES

TÍTULO I

Regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica de direito privado em geral

CAPÍTULO I

Sujeito da relação jurídica

SUMÁRIO. 219 — Conteúdo geral do problema do regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica. 220 — Capacidade de gôzo de direitos. I — A capacidade geral ou personalidade. Lei reguladora da sua existência e do seu início. 221 — II — Capacidade de gôzo de direitos especiais. Lei normalmente competente para a regular. Limites da sua aplicação. 222 — A capacidade de gôzo de direitos, os direitos adquiridos em país estranjeiro e as sentenças proferidas por tribunais estranjeiros. 223 — Capacidade geral de exercício de direitos. Princípio geral. Aplicações e modificações do princípio. 224 — Capacidade de exercício de direitos especiais. 225 — A capacidade de exercício de direitos e a teoria do *favor negotii*. 226 — A capacidade de exercício de direitos e as leis de ordem pública internacional. 227 — As restrições da capacidade de exercício de direitos provenientes de sentenças proferidas por tribunais estranjeiros. 228 — Regime jurídico internacional dos actos do estado civil dos portugueses em país estranjeiro e dos estranjeiros em Portugal. 229 — Regime jurídico internacional do domicílio. 230 — Lei reguladora do termo da personalidade. Presunção de morte simultânea e presunção de sobrevivência no caso de morte de várias pessoas no mesmo acidente. Morte presumida: regime jurídico internacional da ausência. 231 — Lei reguladora dos poderes e da responsabilidade dos órgãos das pessoas colectivas encarregados do exercício dos seus direitos . . . . . Págs. 1 a 58

CAPÍTULO II

Objecto da relação jurídica

SUMÁRIO. 232 — Observação geral acêrca da lei reguladora do objecto imediato das relações jurídicas. 233 — As pessoas como objecto mediato dos direitos de família. 234 — As coisas como objecto mediato das diferentes relações jurídicas. 235 — Os serviços como objecto dos direitos de crédito. 336 — As coisas como elemento de uma universalidade. 237 — O objecto da relação jurídica e as leis de ordem pública internacional . . . . . Pags. 60 a 73

CAPÍTULO III

Facto jurídico

SUMÁRIO. 238 — Noção e classificação dos factos jurídicos. 239 — *Acto jurídico.* Linhas gerais do seu regime jurídico internacional. I — *Capacidade.* 240 — II — *Vontade.* Regime da sua existência jurídica. Discordância, intencional ou involuntária, entre a vontade real e a vontade manifestada. 241 — Manifestação da vontade. O princípio tradicional *locus regit actum.* Seu significado geral e sua aceitação pelo direito português. 242 — História do princípio. 243 — Seu fundamento e natureza. 244 — Seus caractéres: se constitui um princípio de direito internacional positivo; se é um princípio de competência ou um princípio de suficiência; se é obrigatório ou facultativo. 245 — Extensão do princípio: formalidades que compreende; pessoas que abrange; actos a que se refere. Princípios teóricos; direito português. 246 — Conflitos de jurisdições relativos à competência dos oficiais públicos para intervirem na prática de actos jurídicos. 247 — Conflitos de regras de competência legislativa acêrca da lei reguladora da forma externa dos actos. 248 — Língua em que devem ser escritos os documentos exarados em Portugal. 249 — Legalização dos documentos exarados perante autoridades estranjeiras, ou particularmente em país estranjeiro, e tradução dos escritos em língua estranjeira. 250 — O princípio *locus regit actum* e a competência natorial dos agentes diplomáticos e consulares. 251 — Os actos celebrados em país estranjeiro e o imposto do sêlo. 252 — Os contratos de transmissão de bens imobiliários realizados em país estranjeiro por título oneroso e o pagamento da contribuïção de registo. 253 — III — *Conteúdo dos actos jurídicos.* Sua lei reguladora. Limites da aplicação dessa lei. 254 — Regime jurídico internacional da determinação do lugar onde são praticados os contratos celebrados entre ausentes. 255 — Regime jurídico internacional da representação nos actos jurídicos. 256 — Regime jurídico internacional dos factos ilícitos e dos factos extravoluntários.
Pags. . . . . 75 a 137

CAPÍTULO IV

Garantia da relação jurídica

§ I

Competência internacional ou jurisdicional

SUMÁRIO. 257 — A legítima defesa e a acção judiciária como meios de garantia dos direitos individuais. 258 — Conceito de competência internacional ou jurisdicional. Sua distinção da competência interna.

259 — Regras de direito internacional consuetudinário reguladoras da competência internacional. Jurisdição imposta pelo direito internacional. 260 — Jurisdição proïbida pelo direito internacional. Isenção de jurisdição dos Estados estranjeiros, dos chefes de Estado e dos agentes diplomáticos. 261 — Jurisdição permitida pelo direito internacional. Estados de civilização europeia e Estados de capitulações. 262 — Principais tipos de tratados sôbre competência internacional. Regras de direito convencional que regulam a competência internacional dos tribunais portugueses. 263 — Direito interno português sôbre competência internacional. I — Princípios gerais. 264 — II — Teoria legal da sua organização. Os textos da lei. Categorias de acções que compreendem. Natureza dos factos determinativos da competência. Lugar da verificação dêsses factos. O domicílio do réu e as circunstâncias substitutivas do domicílio na determinação da competência internacional. 265 — III — Competência internacional dos tribunais portugueses relativamente às pessoas colectivas estranjeiras. 266 — IV — Regras especiais de competência exclusiva dos tribunais portugueses. 267 — A competência internacional e as acções reais imobiliárias. 268 — A competência internacional e a prorrogação da jurisdição (pág. 191). 269 — A competência internacional e a teoria das qualificações. 270 — Momento a que deve atender-se para a atribuïção da competência internacional. 271 — As excepções de lidependente e de incompetência em matéria de competência internacional. 272 — A competência internacional e o juízo arbitral.
Págs. . . . . 139 a 208

§ II

Forma do processo

SUMÁRIO. 273 — Princípio geral acêrca da lei reguladora da forma do processo. 274 — Lei reguladora da determinação das acções judiciárias e da existência da acção judiciária para fazer valer um determinado direito. 275 — Lei competente para qualificar as acções. 276 — Fases processuais da acção judiciária. I — *Pedido e oposição ao pedido.* Capacidade e assistência judiciária. 277 — Citação: princípios gerais; citação dos representantes de nações estranjeiras e dos agentes diplomáticos portugueses. 278 — Impugnação directa do pedido. Excepções: classificação e regime. 279 — II — *Instrução do processo.* Princípios gerais acêrca do regime das provas. 280 — Regime especial acêrca de cada uma das provas admitidas pelo direito português. Prova documental. Prova testemunhal. Exames e vistorias. Confissão. Juramento. Presunções e caso julgado. 281 — III — *Discussão da causa.* A sua forma e os seus fundamentos. 282 — IV — *Julgamento.* Sua forma. Regime da decisão das questões prévias gerais: nulidades do processo, legitimidade das partes, excepções dilatórirs. A questão prévia específica da competência da lei. Regime da decisão sôbre a questão de fundo. 283 — Função do juiz quanto à aplicação das leis estranjeiras. Sistemas doutrinais e legislativos acêrca da aplicação do direito estranjeiro. 284 — Sistema do direito português. 285 — Investigação e prova do direito estranjeiro. Solução a adoptar quando não é possível determinar a lei estranjeira aplicável. 286 — Legitimidade do recurso de revista fundado na errada aplicação da lei estranjeira. Págs. 209 a 266

§ III

Cooperação internacional das jurisdições

DIVISÃO I

Direito convencional

SUMÁRIO. I — *Comunicação internacional de actos judiciais e extrajudiciais* 287 — Conceito da cooperação internacional das jurisdições. Formas dessa cooperação, segundo a convenção da Haia sôbre processo civil de 17 de junho de 1905: comunicação de actos judiciais e extrajudiciais e cartas rogatórias. 288 — Sistema geral da convenção acêrca da comunicação de actos judiciais e extrajudiciais. 289 — Competência e forma de processo para realizar a notificação dêsses actos. 290 — Obrigação de realizar a notificação e faculdade excepcional de a recusar. 291 — Prova da notificação. 292 — Meios oficiosos da transmissão de actos judiciais e extrajudiciais. 293 — Regime das custas. 294 — Regime da notificação dos actos respeitantes aos processos pendentes perante o Tribunal permanente de arbitragem da Haia, e perante o tribunal permanente de justiça internacional. II — *Cartas rogatórias.* 295 — Reconhecimento geral das cartas rogatória para a prática de actos judiciais em matéria civil e comercial. 296 — Meios oficiais de transmissão das cartas rogatórias. 297 — Lingua em que devem ser escritas as cartas rogatórias. 298 — Obrigação de cumprir as cartas rogatórias e casos em que é legítima a recusa do seu cumprimento. 299 — Competência para cumprir as cartas rogatórias e procedimento a adoptar pelas autoridades do Estado rogado quando não puderem cumpri-las. 300 — Lei reguladora da forma do processo de cumprimento das rogatórias. 301 — Reconhecimento das *comissões consulares* como meio de cumprimento das rogatórias. 302 — Regime das custas. 303 — Regime das rogatórias expedidas pelo Tribunal permanente de arbitragem e pelo Tribunal de justiça internacional. . . . . Págs. 267 a 315

DIVISÃO II

Direito português comum

SUMÁRIO. 304 — Reconhecimento pelo direito português da cooperação internacional das jurisdições. Amplitude da função das *cartas rogatórias* segundo a lei portuguesa. 305 — I — Regime das rogatórias expedidas pelos tribunais portugueses. 306 — II — Regime das rogatórias emanadas de autoridades estranjeiras. Determinação dos textos legais vigentes. 307 — Elementos do regime: meios de transmissão das rogatórias; competência para o seu cumprimento; sua forma e autenticidade; natureza dos actos rogados; rogatórias executivas; casos de legítima recusa; modo de cumprimento; forma de processo; custas. 308 — Possibilidade de estabelecer restrições no cumprimento das rogatórias. Cumprimento de rogatórias que peçam a prática de actos respeitantes a execução pendente ou falência aberta em país estranjeiro. . . . . Págs. 316 a 340

TÍTULO II

Direitos de família

CAPÍTULO I

Relações jurídicas dos cônjuges

SECÇÃO I

Constituïção — Condições de validade do casamento

§ I

Direito convencional

SUMÁRIO. 309 — O casamento como meio de constituïção das relações jurídicas entre os cônjuges. Suas condições de validade. 310 — Os textos da convenção sôbre a lei reguladora das condições de validade intrínseca do casamento. Seu significado geral. 311 — Alcance da fórmula — *direito de contrair casamento* — usada pela convenção para indicar as condições de validade intrínseca do casamento. 312 — Lei normalmente competente para regular a capacidade matrimonial e o consentimento dos esposos. Competência da lei nacional e competência da lei indicada pela lei nacional. 313 — Significado da palavra *lei* e das fórmulas — *lei nacional* e *lei nacional de cada um dos futuros cônjuges* no artigo 1.º da convenção. 314 — Aplicação da lei normalmente competente em matéria de impedimentos e em matéria de vícios do consentimento. 315 — A lei do lugar da celebração como lei de ordem pública proïbitiva. 316 — A sua aplicação como lei de ordem pública permissiva. 317 — Prova da capacidade matrimonial. 318 — Validade formal do casamento. Aceitação geral do princípio *locus regit actum.* 319 — Organização dêste princípio como êle foi aceito pela convenção. I — Obrigatoriedade e conteúdo do princípio. 320 — II — Sua limitação na hipótese de a let nacional exigir uma celebração religiosa. 321 — III — Exigência de publicação no país do projecto de casamento de nacionais que se casem em país estranjeiro. 322 — IV — Casamentos diplomáticos e consulares. 323 — Casamentos formalmente nulos segundo a lei do lugar da celebração, e válidos segundo a lei nacional dos cônjuges. 324 — Sanção das infracções da lei reguladora da validade do casamento. 325 — Esfera de aplicação da convenção . . . Págs. 341 a 427

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 326 — Esponsais. Direito comparado e direito aplicável. 327 — Sistemas doutrinais e legislativos sôbre o regime jurídico internacional da validade intrínseca do casamento. 328 — Evolução da legislação portuguesa acêrca das condições de validade do casamento. 329 — Lei reguladora das condições de validade intrínseca do casamento

I — Casamento de portugueses em país estranjeiro. 330 — II — Casamento de estranjeiros em Portugal. 331 — Prova da capacidade matrimonial dos portugueses que casem em país estranjeiro e dos estranjeiros que casem em Portugal perante as autoridades locais. 332 — Regime da forma do casamento. I — Casamento de portugueses em país estranjeiro celebrado perante as autoridades locais. 333 — II — Casamento de estranjeiros em Portugal perante as autoridades portugueses. 334 — Casamentos diplomáticos e consulares dos portugueses em país estranjeiro. 335 — Casamentos diplomáticos e consulares dos estranjeiros em Portugal. 336 — Prova dos casamentos celebrados em país estranjeiro e perante agentes diplomáticos ou cônsules estranjeiros. 337 — Transcrição em Portugal dos casamentos de portugueses celebrados em país estranjeiro ou perante cônsules estranjeiros. 338 — Anulação do casamento. Casamento putativo: direito comparado e direito aplicável. 339 — Conflitos de de jurisdições em matéria de condições de validade do casamento . . . . . Págs. 428 a 485

SECÇÃO II

Conteúdo — Direitos e deveres dos cônjuges

§ I

Direito convencional

SUMÁRIO. 340 — Elaboração, conteúdo geral e Estados contratantes da convenção da Haia, de 17 de julho de 1905, concernente aos conflitos de leis relativas aos efeitos do casamento sôbre os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais e sôbre os seus bens. 341 — Aceitação pela convenção da competência da lei nacional dos cônjuges para regular os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais. 342 — Esfera de aplicação da lei nacional dos cônjuges sob êsse ponto de vista. 343 — Lei reguladora dos meios de sanção dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges. 344 — Lei reguladora dos mesmos direitos e deveres quando os cônjuges deixem de ter a mesma nacionalidade. 345 — Sistema da convenção acêrca da lei reguladora do regime legal dos bens dos cônjuges e a sua mudança de nacionalidade. 346 — Direito de os cônjuges regularem contratualmente os seus interesses pecuniários. I — Reconhecimento geral do direito dos cônjuges de celebrarem um contrato nupcial. Momento e limites do exercício dêsse direito. 347 — II — Condições de validade intrínseca do contrato de casamento. 348 — III — Sua validade extrínseca. O princípio *locus regit actum* e a aplicação facultativa ou obrigatória da lei nacional. 349 — IV — Efeitos do contrato de casamento. Regime dêsses efeitos nas relações entre os cônjuges. 350 — Condições de eficácia do contrato de casamento entre os cônjuges e terceiros. 351 — A lei reguladora do regime de bens dos cônjuges e os bens imóveis constituídos pela lei da sua situação sob um regime predial especial. 352 — Esfera de aplicação da convenção . . . . . Págs. 486 a 532

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 353 — Lei reguladora dos direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais e lei reguladora da capacidade da mulher casada. 354 — Relações jurídico-patrimoniais dos cônjuges. I — *Regime legal.* Lei reguladora da sua determinação. 355 — II — *Regime contratual.* Direito de os cônjuges fazerem um contrato de casamento. 356 — Direito de celebrar um contrato de casamento na constância do matrimónio. 357 — Validade intrínseca do contrato de casamento. 358 — Validade formal do mesmo contrato. 359 — Lei reguladora dos efeitos do contrato de casamento. 360 — O regime de bens e as leis portuguesas de ordem pública internacional. Págs. . . . . 533 a 555

SECÇÃO III

Dissolução ou interrupção — Divórcio, separação de pessoas e bens, e simples separação de bens

§ I

Direito convencional

SUMÁRIO. 361 — Elaboração, assinatura, e ratificação da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre o divórcio e a separação de pessoas. 362 — Textos da convenção que contêm as regras por ela estabelecidas acêrca do direito de pedir o divórcio ou a separação. 363 — Necessidade de concordância da lei nacional dos cônjuges e da *lex fori* acêrca do direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas. 364 — Necessidade da existência de uma causa de divórcio ou de separação tanto segundo a lei nacional como segundo a *lex fori*. 365 — Termos em que a convenção permite que o divórcio ou a separação sejam decretados quando apenas admitidos pela lei nacional e apenas por causas por esta lei reconhecidas. 366 — As causas de divórcio e a mudança de nacionalidade por ambos ou algum dos cônjuges. 367 — Competência para decretar o divórcio ou a separação. 368 — A competência para decretar o divórcio ou a separação e a excepção de lide pendente. 369 — Competencia para decretar providências provisórias. Lei reguladora e duração destas providências. 370 — Reconhecimento internacional das sentenças de divórcio e de separação. 371 — Regime jurídico internacional dos efeitos do divórcio e da separação. 372 — A lei reguladora do divórcio e da separação no caso de ambos ou um dos cônjuges mudarem de nacionalidade. 373 — Esfera de aplicação da convenção . . . Págs. 556 a 597

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 374 — Divórcio e separação de portugueses em país estranjeiro. Competência dos tribunais estranjeiros para decretar o divórcio ou a separação e lei reguladora da sua forma, causas e efeitos. Execução das sentenças de divórcio proferidas por tribunais estranjeiros. 375 — Divórcio e separação de estranjeiros em Portugal. Conflitos de leis, 376 — Lei reguladora do divórcio e da separação de pessoas quando os cônjuges sejam de diferente nacionalidade. 377 — Regime jurídico internacional da converção da separação de pessoas em divórcio. 378 — Lei reguladora da simples separação de bens. . . . . Págs. 598 a 622

CAPÍTULO II

Relações entre pais e filhos

I. Constituïção: 379 — *Legitimidade.* Direito comparado. Direito aplicável. 380 — *Legitimação.* Direito comparado. Direito aplicável. Efeito da legitimação realizada em país estranjeiro. 381 — *Perfilhação.* Direito comparado. Direito aplicável: perfilhação voluntária e perfilhação judicial. 382 — Adopção . . . . . Págs. 623 a 652

II. Conteúdo: 383 — Regime jurídico internacional do poder paternal quanto à pessoa e quanto aos bens dos filhos menores. 384 — Direito de sucessão, direito a alimentos e direito ao nome . Págs. 653 a 660

III. Extinção ou suspensão. 385 — O poder paternal, a maioridade e a emancipação. 386 — O poder paternal e a ausência dos pais. 387 — O poder paternal e a interdição dos pais. 388 — O poder paternal e a condenação penal dos pais. 389 — A questão da aplicabilidade aos estranjeiros das disposições do decreto de 27 de maio de 1911 sôbre a Tutoria da infância. . . . . Págs. 661 a 669

CAPÍTULO III

Tutela e curatela

SECÇÃO I

Tutela de menores

§ I

Direito convencional

SUMÁRIO. 390 — Elaboração da convenção da Haia de 12 de junho de 1902 sôbre a tutela de menores. 391 — Organização geral da convenção: adopção de um *regime normal* e de um *regime subsidiário* na resolução dos conflitos de leis e de jurisdições em matéria de tutela de menoros. Diferenciação dos dois regimes e regra da sua respectiva aplicação. 392 — Regime normal. I — Princípio fundamental. 393 — II — Aplicações do princípio. 394 — III — Suas limitações. 395 — Regime subsidiário. I — Princípio fundamental. II — Suas aplicações. 396 — Esfera de aplicação da convenção. Págs. . . . . 673 a 706

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 397 — Tutela de menores portugueses residentes em país estranjeiro. 398 — Tutela de menores estranjeiros residentes em Portugal. . . . . Págs. 707 a 715

SECÇÃO II

Tutela e curatela de maiores

§ I

Direito convencional

SUMÁRIO. 399 — Elaboração da convenção. 400 — Organização geral da convenção: adopção de um regime normal e de um regime subsidiário. Diferenciação dos dois regimes e regra acêrca da sua aplicação. 401 — Regime normal. I — Princípio fundamental. II — Aplicações: competência para decretar a interdição e organizar a tutela do interdito; causas da interdição e pessoas legítimas para a requerer; efeitos da interdição; levantamento da interdição. 402 — Regime subsidiário. I — Princípio fundamental. II — Aplicações. 403 — Regras comuns aos dois regimes. I — Condições em que se produz o efeito internacional da interdição. II — Limitações da aplicação da lei normalmente competente para regular o exercício do regime tutelar a que está sujeito o interdito, relativamente aos seus bens imóveis. III — Condições em que se produz o efeito internacional do levantamento da interdição. 404 — Providências provisórias. Competência para as decretar e sua lei reguladora. 405 — Esfera de aplicação da convenção . . . . . Págs. 716 a 753

§ II

Direito português comum

SUMÁRIO. 406 — Interdição de portugueses em país estranjeiro. 407 — Interdição de estranjeiros em Portugal. . . . . Págs. 754 a 764