**

*LINHA DE SEBENTAS AEFDUNL*

Preâmbulo

“Os certeiros que fizeram estes meninos não foram muito precisos quando acabaram de os escrever a computador. Futuras discussões doutrinárias em São Jario permitiriam corrigir certos erros que aqui estavam, mas essas correções nunca foram efetivadas a computador. E porque saber Direito não é saber uma sebenta e siga para bingo, encorajam-se os infelizes que optaram por ler estes meninos a duvidarem de tudo o que for escrito e a discutirem-no com os seus amigos. Afinal é, também, desses serões que se faz o curso na NOVA.”

Os autores

**Direito Internacional Privado**:

**0. Introdução ao Direito Internacional Privado**

Na organização atual da sociedade internacional encontramos uma pluralidade de Estados soberanos, a cada um deles correspondendo um sistema jurídico. Ora, daqui resulta a existência de uma pluralidade de sistemas jurídicos estatuais. Cada um desses sistemas se desenvolve com a sua própria autonomia revelando entre si zona de convergência, divergência ou até de indiferença.

As situações da vida juridicamente relevantes podem inserir-se inteiramente numa só sociedade estatual, sem qualquer contato significativo com outras comunidades. Assim, numa perspetiva da ordem jurídica portuguesa, uma querela jurídica entre dois portugueses, residentes habitualmente em Portugal e que não tem outras conexões relevantes com Estados estrangeiros ou mercados internacionais, é uma situação puramente interna. Esta situação está diretamente submetida ao Direito material interno, não suscitando qualquer problema da determinação do Direito aplicável.

Apesar disto, atualmente assiste-se a uma crescente internacionalização das relações sociais e atividades comerciais, o que leva ao aparecimento das chamadas **situações da vida privada internacional** (o verdadeiro objeto do Direito Internacional Privado), que **são aquelas situações jurídicas que se encontram em contacto com mais do que uma ordem jurídica, suscitando assim o problema da determinação do direito a si aplicável.** Esta determinação é essencial, uma vez que certa situação pode ter uma solução diferente consoante o ordenamento jurídico escolhido[[1]](#footnote-1).

Olhemos para o caso português. Um tribunal português, perante uma situação internacional em que a lei portuguesa é aplicável terá maior facilidade em fazê-lo, daí que seja importante o estudo do Direito Internacional Privado para que os juízes portugueses tenham a consciência de que, perante uma relação internacional, a mesma não fica necessariamente sujeita ao Direito Português só por se encontrar em Portugal, uma vez que a situação pode ter que ser resolvida por outra ordem jurídica.

O Direito Internacional Privado, na sua aplicação, apresenta algumas dificuldades, dada a sua especificidade: (i) por um lado assistimos a um **fenómeno de relatividade espacial do direito**; *i. e.* uma questão é resolvida ou pode ser resolvida de forma diferente consoante a ordem jurídica aplicável[[2]](#footnote-2); (ii) por outro lado, cada ordenamento jurídico possui uma linguagem própria e expressões não familiares entre os vários ordenamentos.

O Direito Internacional Privado para existir depende da verificação de determinados pressupostos:

(i) **Existência de pluralidade de ordens jurídicas** – duas ordens jurídicas de diversos Estados têm de se encontrar em situação de poderem ser aplicadas, contudo, importa não esquecer que há ordens jurídicas complexas em que para além da ordem jurídica nacional coexistem várias ordens jurídicas locais (por exemplo o caso dos Estados Unidos);

(ii) **Diversidade de regimes materiais existentes** – poderiam existir várias ordens jurídicas, mas se os regimes materiais fossem coincidentes não haveria grande interesse prático em determinar qual das ordens jurídicas deveríamos aplicar;

(iii) **Existência de situações em contacto com várias ordens jurídicas** – se este contacto não existir, toda a questão da necessidade do Direito Internacional Privado para decidir que ordem jurídica aplicar torna-se irrelevante;

(iv) **Necessidade de garantir a continuidade das relações jurídicas** – seria perfeitamente possível que em cada país, o órgão de aplicação do direito aplicasse o seu direito interno, quer se tratasse de uma situação interna ou internacional, contudo esta solução não garantiria a continuidade das situações jurídicas;

(v) **Determinação da lei aplicável** – por aplicação do método conflitual, aquele que privilegiaremos no presente estudo;

(vi) **Reconhecimento por partes de todos os tribunais das decisões judiciais estrangeiras**, para garantir o funcionamento/eficácia dos comandos normativos do DIP.

**1. Os métodos de regulação do Direito Internacional Privado**

A regulação do Direito Internacional Privado pode acontecer por diversos métodos, sendo que aquele que se irá privilegiar no estudo da disciplina é o **método conflitual**.

**1.1**

Desses vários métodos o primeiro consiste em o órgão de aplicação do Direito de certo país aplicar, às situações internacionais, o seu direito material comum, sendo que isto leva a que a questão seja decidida sem que sejam tidos em consideração os elementos das outras ordens jurídicas implicadas na situação em causa.

Este método tem a vantagem de ser simples e de levar a uma decisão mais perfeita, uma vez que o juiz que o aplica conhece melhor o Direito do seu país. Por outro lado, o principal inconveniente deste método é o de que pode levar à aplicação de uma lei que pode ter pouca relação com a questão em causa. A somar a isso não se garante a continuidade das relações jurídicas, pois se os tribunais de cada país aplicam o seu próprio Direito, as pessoas não podem confiar em decisões jurídicas uniformes em relação a uma mesma situação da vida privada internacional: grassam, assim, a insegurança e incerteza jurídicas. Por último este método permite o *forum shopping*, isto é, se as pessoas sabem que em cada país se aplica sempre o próprio ordenamento jurídico, então o autor da ação vai procurar qual a lei que mais lhe convém para propor a mesma.

**1.2**

O segundo método traduz-se naquele em que cada país formula regras próprias aplicáveis a situações privadas internacionais, procurando ter em conta as especificidades próprias dessas mesmas situações. Por exemplo, no Código do Trabalho português existem regras especiais sobre o trabalho dos estrangeiros.

A principal vantagem deste método é a de que tais normas têm em conta as especificidades das relações internacionais privadas, contudo a sua fonte interna não oferece uma garantia da continuidade das relações jurídicas.

**1.3**

O terceiro método surge numa tentativa de ultrapassar os problemas dos anteriores, por via das convenções internacionais, uma vez que se forem adotadas regras especiais de direito material de forma transversal a vários países, então estará facilitada a circulação das decisões e continuidade das relações jurídicas internacionais. Há vários setores em que foram adotadas diferentes convenções internacionais, nomeadamente no setor dos transportes ou na compra e venda de mercadorias.

Se, por um lado, este método leva a uma maior segurança jurídica e continuidade das relações internacionais, por outro lado tem alguns inconvenientes, entre os quais se destacam o facto de nem todos os Estados ficarem vinculados a estas convenções ou de se vincularem tardiamente; a existência de lacunas; a limitação em função da matéria; e, por último, a inexistência de um órgão que garanta a interpretação uniforme das convenções internacionais, o que leva à possibilidade de uma mesma regra ser objeto de várias interpretações.

**1.4 – Síntese do panorama apresentada e opção pelo método conflitual**

Todos os métodos *supra* podem ser englobados sobre a nomenclatura de **métodos de regulação direta.**

Por fim, nos chamados métodos de regulação direta, existem ainda as regras de aplicação internacionalmente imediata que são normas materiais, especialmente delimitadas, mas dotadas de uma especial força vinculativa face a todos os Estados. Estas são regras que visam prosseguir interesses gerais de ordem política, social e económica e que, por isso, que se vão aplicar, seja qual for a situação e o ordenamento jurídico. Apesar de a Doutrina Portuguesa englobar este método nos de regulação direta, é possível entrever aqui um método quase autónomo de resolver conflitos internacionais[[3]](#footnote-3).

Ora, ainda que todos os métodos de regulação direta possuam limitações, aquilo que é certo é que os países, nas situações da vida privada internacional, não podem usar apenas e somente o seu direito interno, uma vez que, tal como foi dito, se a situação é internacional e toca nas demais ordens jurídicas do país A e B e a decisão é tomada no país A, pode acontecer que o país B não reconheça a referida decisão (**incerteza e não continuidade das relações jurídicas**). Dentro deste tipo de métodos, o das convenções internacionais é aquele que se revela mais eficaz. Contudo, nem mesmo este deixa de ter bastantes limitações, conforme referido acima.

A par dos métodos de regulação direta, existe o chamado **método conflitual**. Este método consiste em encontrar/identificar as normas materiais aplicáveis de entre os ordenamentos jurídicos que se encontram em contacto com uma situação da vida privada internacional, **através de normas de regulação do direito no espaço, que se aplicam àquela situação**. Estas normas, por regra, **remetem para as leis internas dos países em questão** (*vide* art. 46º/1, CC), sendo denominadas de **normas de conflito**. As normas de conflito portuguesas encontram-se no Capítulo III do primeiro Título do CC, mais concretamente nos artigos 25º e seguintes.

Determinar o direito aplicável é diferente de determinar a competência do Tribunal. Nós vamos estudar a determinação do direito aplicável a uma dada situação, algo que não se confunde com a averiguação da competência internacional dos tribunais. Vamos partir do pressuposto que já foi verificado que os tribunais competentes são os portugueses, mas esse é um problema prévio à aplicação do método conflitual. Queremos, isso sim, determinar qual a lei aplicável, o que pode conduzir à aplicação por um tribunal português das normas de uma ordem jurídica estrangeira.

**Determinação do Direito aplicável**

**Reconhecimento e execução de decisões estrangeiras**

**Competência Internacional dos Tribunais Individuais**

O triângulo acima representado é essencial para a correta compreensão do Direito Internacional Privado, uma vez que ele representa as três dimensões que o mesmo tem de observar, de forma a ser verdadeiramente eficaz. O método conflitual resolve o vértice da determinação do direito aplicável, sendo que tal escolha é feita, através de normas de conflito**.**

Mas quais são, então, as **características das normas de conflito**?

i) É uma **norma indireta**, de remissão para uma dada ordem jurídica. A questão de fundo da vida privada internacional será sempre resolvida por normas de cariz material, pois só estas é que fornecem o direito material apto a tal resolução. A norma de conflito conduz-nos às normas que se entendem como competentes para decidir cada situação. São um meio de transporte para a ordem jurídica competente. Assim, divergem das regras que resultam dos métodos de regulação direta, pois estas últimas são sempre de cariz material.

P. ex.: o art. 25º, CC, quando articulado com o 31º/1, CC determina como aplicável a lei da nacionalidade da pessoa em causa. Mas não nos concretiza o conteúdo do regime aplicável. As normas materiais de regulação direta já serão, p. ex. as normas do CC se a lei portuguesa for a aplicável;

ii) Esta remissão é feita em função de uma determinada conexão com uma dada ordem jurídica. Assim, **todas estas normas possuem um elemento de conexão**, fulcral para efetuar a remissão que a norma encerra, como por exemplo, a nacionalidade (25º+31º/1); a residência habitual (25º+32º/1) ou lugar onde as coisas se situam no caso de direito reais (46º); ou até o acordo *interpartes*.

Assim, uma norma de conflitos vai localizar a norma de direito material a aplicar e irá fazer essa localização de maneiras diferentes consoante o conflito em si, procurando identificar de qual a norma mais adequada/bem posicionada do ponto de vista formal para resolver a situação *sub judice*: **ideia de justiça formal e não material.**

Essa identificação é feita independentemente do conteúdo do direito material potencialmente aplicável, mas antes **tendo em consideração a proximidade da lei à situação jurídica que deve ser regulada:** isto corporiza o princípio da proximidade mais estreita, um dos mais importantes princípios do DIP. Essa proximidade é-nos dada pelo seu elemento de conexão. Por exemplo, no que toca aos direitos reais que incidem sobre as coisas, a lei portuguesa refere, no art. 46º, CC, que será a lei do país em que a coisa se encontra a mais adequada a nível formal para resolver essa questão.

Uma consequência desta procura da justiça formal leva ao fracionamento das diferentes questões jurídicas relevantes componentes de dada situação, o chamado *spliting*/*dépeçage*/fracionamento. Cada uma das questões jurídicas pode convocar leis diferentes, que serão, assim, aplicáveis cumulativamente no mesmo caso.

Por exemplo, suponhamos que A é nacional português e assume, num contrato de compra e venda celebrado com B, cidadão francês, a posição de vendedor, enquanto este assume a posição de comprador. Tal contrato foi celebrado em França, mas sobre um bem que se encontra em Espanha. Neste exemplo as diferentes questões que a situação jurídica suscita podem ser resolvidas de diferentes prismas. A lei do país em que foi celebrado o contrato até pode ser a mais adequada para as questões de forma do contrato, mas certamente não será a mais adequada para resolver as situações relacionadas com a capacidade das pessoas para celebrar aquele negócio jurídico. Nesta situação vamos encontrar uma norma de conflitos própria para cada situação que possa ser suscitada pela situação da vida internacional que se pretende regular.

Torna-se, por vezes, muito difícil ajustar as diferentes peças normativas convocadas numa dada situação, dado o risco das diferentes normas aplicáveis se contradizerem. Não deixa, por isso, de ser natural reconhecer os benefícios de aplicar uma mesma lei a um caso. A *dépeçage* deve existir, mas existem também outras situações em que a aplicação única de uma lei é mais favorável.

Existem, contudo, limites ao cariz meramente formal das normas de conflitos, ou seja casos em que o conteúdo do direito aplicável é relevante para a sua determinação. Em certos casos-limite, existem válvulas de segurança que fazem com que o DIP não seja totalmente indiferente ao resultado da aplicação da lei competente:

(i) em primeiro lugar, uma norma de conflitos pode remeter para uma ordem estrangeira que cria uma situação violadora dos princípios da ordem pública internacional do ordenamento jurídico do foro (no nosso caso, o Estado Português. Esta reserva da ordem pública do Estado Português encontra-se no art. 22º, CC.

Aqui não há qualquer juízo de desvalor a outras leis, mas pretende-se apenas que não se criem situações que sejam reguladas de uma forma que se mostre incompatível com os princípios fundamentais da lei portuguesa. Contudo, os Estados têm de resistir à tentação de utilizar constantemente esta cláusula sempre que haja uma qualquer diferença entre as ordens jurídicas.

(ii) outro limite que se impõe à natureza formal das normas de conflito, é o *favore negotii*. Este determina que se procure defender sempre a validade formal e material do negócio jurídico, procurando sempre atender à boa-fé da contraparte e nunca utilizar circunstâncias próprias da lei do Estado de uma parte que possam surpreender a contraparte que estava de boa-fé (*vide* arts. 19º, 28º, 31º/2).

(iii) em terceiro lugar, surgem as normas internacionalmente imperativas que se sobrepõem às normas de conflito. A sua derrogação é legítima, tendo em conta a importância e grau de imperatividade que estas normas assumem;

(iv) o quarto e último limite é a axiologia própria da Constituição, ou seja as normas de conflito, por muito formais que sejam, têm de ter sempre o seu conteúdo adaptado e conforme ao texto da Lei Fundamental Portuguesa.

Sintetizando, o processo de regulação depende muito do plano em que a mesma é operada. Apenas numa nota meramente indicativa, no plano de Direito Estadual, opera-se uma regulação essencialmente indireta ou conflitual, sendo de cariz excecional a regulação material ou direta. Nos restantes planos (Direito Internacional Público, Direito da União Europeia e Direito Autónomo do Comércio Internacional) a regulação tanto pode ser direta ou material, bem como pode ser indireta ou conflitual.

**2. Fontes das normas de conflito**

A principal fonte de normas de conflito em Portugal é a lei, em particular o CC. Olhemos ainda a CRP que, não contendo normas de conflito, não deixa de constituir pano de fundo para a sua interpretação. As normas de conflito de fonte interna (do CC) fazem parte do direito interno português e, por isso, não podem deixar de ser compatíveis com a CRP.

Outrora, este não era um entendimento vigente. Muitas vezes, devido ao cariz formal das normas de conflito, entendeu-se que estas se inseriam num espaço livre de constitucionalidade.

Existem dois momentos em que a aplicação do método conflitual é influenciada pela Constituição:

1. Exigência da conformidade com a CRP das normas de conflito internas, quer no momento da sua produção pelo legislador, quer no momento da sua vigência. Se necessário, estas devem ser alteradas para garantir tal conformidade;
2. Vislumbra-se também a defesa da importância da CRP no momento de aplicar uma lei estrangeira incompatível com os valores constitucionais do foro – MOURA RAMOS entende que se pode negar a aplicação de uma norma estrangeira que, à partida, seria aplicável invocando diretamente a CRP. Já FERRER CORREIA entende que seria suficiente a reserva de ordem pública do Estado de foro (22º, CC) para inviabilizar a aplicação de lei estrangeira que afetasse valores basilares do nosso OJ. Não seria, assim, necessário o apelo direto à CRP; antes a mera remissão do 22º, CC para a CRP.

Para lá do CC, temos normas de conflito dispersas em leis avulsas, como o código das sociedades comerciais, código de trabalho, código de insolvência, etc.[[4]](#footnote-4).

Existem também fontes supranacionais de DIP. Neste âmbito, podemos sinalizar, em primeiro lugar, as convenções internacionais que contêm normas de conflito. MANCINI, no séc. XIX, propôs que se desenvolvessem esforços na criação de um direito comum de normas de conflito transversal a vários Estados, tendo ele dado o impulso à celebração destas convenções internacionais. Em 1893, na sequência dos esforços de MANCINI, teve lugar a Conferência de Haia na qual foram aprovadas as primeiras convenções internacionais (sobre Direito da Família) que, na altura, tomaram a nacionalidade dos intervenientes como elemento de conexão. Com as duas Guerras Mundiais, a conferência parou a sua atividade, tendo-a retomado em 1954. A Conferência de Haia é composta por vários Estados, promulgando convenções em matérias de contratos, famílias, *trusts*, p. ex.

Temos ainda outras normas supranacionais provindas da então CEE. A elas só podiam aderir estados-membros da Comunidade. As mais relevantes são a de (i) 1968 – convenção de Bruxelas, ao abrigo do 220º, TCECA, sobre a competência dos tribunais e reconhecimento de decisões estrangeiras em matérias civis e comerciais; e a de (ii) 1980 – convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais da lei civil e comercial, uma decorrência da Convenção de Bruxelas.

Ainda na CEE, algumas Diretivas comunitárias previam a criação em diplomas de transposição ou continham elas próprias normas de conflito em dois setores principais: o direito do consumo e direito dos seguros (anos 70 e 80).

Mais recentemente e no seguimento do Tratado de Amesterdão, ao abrigo do arts. 61º, 65º e 67º do TUE, em matéria de cooperação judiciária, encontramos normas que exigem à União Europeia a aprovação de atos de DIP. A UE passou a ter competências próprias em matéria de DIP (81º, TFUE). Antes era deixado aos Estados o encargo/competência de celebrar convenções internacionais. Hoje em dia temos, por isso, várias normas de conflito advindas de regulamentos europeus, nos termos do 2º parágrafo do art. 288º, TFUE.

**As normas de conflito quer de fonte internacional (desde que ratificadas por Portugal), quer de fonte europeia são diretamente aplicáveis no nosso OJ (8º, CRP), prevalecendo sobre as normas de conflito internas.**

Tudo isto significa que o DIP não é, necessariamente, direito internacional, europeu ou nacional; ele tem diferentes fontes, sendo que são estas, individualmente consideradas, que definem a sua natureza.

**3. A estrutura das normas de conflito**

Como qualquer norma jurídica, a norma de conflitos tem uma previsão e uma estatuição. ***O que distingue a norma de conflitos das demais é a sua estatuição, que estabelece uma ligação entre a matéria a regular e a OJ considerada competente***.

RAAPE denominou a norma de conflitos de *pontifex*, por estabelecer uma ponte entre a matéria a regular e a OJ competente. Esta “ponte” é o elemento de conexão. Qual o elemento de conexão, p. ex. no 46º/1? O território onde está a coisa. E no 33º/1 qual é? O local da sede da PC ou da sua efetiva administração.

**Nota**: O elemento de conexão não é a lei aplicável, é meramente o elemento que a determina, ligando-a ao objeto da norma.

Tanto nas normas de fonte interna como nos regulamentos europeus, vemos normas de conflito com um objeto muito amplo (p. ex. os direitos reais; a sucessão por morte, obrigações) e outras normas com objeto muito específico (o divórcio, a forma do casamento, regime de bens do casamento, etc.). Podem ser aplicadas várias normas de conflito à mesma questão, em consequência do *dépeçage*, tudo em função do elemento de conexão que determina a lei melhor posicionada para resolver dada questão – prossegue-se aqui a ideia de justiça formal, própria do DIP, como vimos *supra*.

Existem vários tipos de normas de conflito, distinguidas mediante critérios vários:

**(i) O critério do direito designado pela norma: normas unilaterais vs. bilaterais**.

Quase todas as normas de conflito do nosso CC (e a generalidade das atuais normas de conflito) são bilaterais. Nas normas bilaterais, a determinação da lei aplicável pode remeter para um sem número de OJ’s no mundo através da concretização do conteúdo do seu elemento de conexão. Ex.: a lei pessoal de um indivíduo pode ser de qualquer OJ. Podiam até estas normas chamar-se de multilaterais, mas recebem a denominação de ***bilaterais em função de tanto poderem ditar a aplicação da lei do foro, como do direito material de outro país***, tudo dependendo da concretização do elemento de conexão.

Já as ***normas unilaterais*** ***apenas determinam a aplicação da lei material do OJ em que a norma de conflito de insere (OJ do foro)***. Ex.: o 3º/3 do *Code Civil Français* enuncia que *As leis do CC relativas ao estado e à capacidade das pessoas aplicam-se aos franceses mesmo que residam no estrangeiro*. Esta norma dispõe que, numa situação internacional, se aplique a OJ em que se insere. Outro ex.: No Código Seabra (1867) encontramos uma norma que diz que *as convenções antenupciais estipuladas em país estrangeiro entre súbditos portugueses regulam-se pela presente secção.*

As normas unilaterais tiveram origem sobretudo no séc. XIX, como meio de reivindicação de soberania entre Estados e fruto do receio de, promulgando normas bilaterais, estas invadirem a soberania de outros Estados.

***Dir-se-á que a norma unilateral não terá, propriamente, um elemento de conexão, como se intui da sua estrutura, que se limita a ditar como aplicável o OJ do foro*** – esta é a regra. No entanto, isto não é totalmente verdade. Em relação àquela norma do *Code Civil* coloca-se a questão de saber que lei aplicar quando se quer discutir a capacidade de pessoas alemãs, espanholas, etc.? Efetivamente não há lei que o preveja no ordenamento francês, há uma lacuna, mas o tribunal não pode não decidir.

O que fazer? ***Ora, a maior parte da doutrina e jurisprudência considerou que esta norma unilateral é suscetível de bilateralização, uma vez que tem um elemento de conexão a si subjacente: a nacionalidade das pessoas.*** A jurisprudência e a doutrina costumam apreciar as normas em causa e verificar se contêm um princípio geral. Se ele existir, extraem dele o elemento de conexão implícito; devendo depois indagar-se se se pode aplicar por analogia este princípio aos casos não abrangidos pela norma (*analogia iuris*). Neste caso se a lei francesa se aplica aos cidadãos franceses neste domínio, então a cidadãos alemães aplicar-se-á a lei alemã e assim respetivamente para outras nacionalidades. Nestes casos, ***nestas normas unilaterais suscetíveis de bilateralização podemos entrever um elemento de conexão implícito***.

Por vezes, torna-se difícil distinguir as normas bilaterais de unilaterais. Ex.: 28º/1, CC equivale a uma norma unilateral – mesmo que a pessoa seja incapaz à luz de OJ estrangeiro aplicamos o OJ português se isso trouxer a capacidade. Mas ainda que pareça unilateral devemos analisá-la na sua globalidade, olhando todos os seus números, concluindo que é bilateral tendo em conta o 28º/3 que já traz um elemento de conexão, o país da celebração do NJ.

Temos ainda as **normas bilaterais imperfeitas**. Estas são normas ***essencialmente bilaterais***, admitem por si próprias a remissão para OJ’s estrangeiras; ***sendo imperfeitas porque não o fazem para todas as situações que podem suscitar***. E porquê? Porque na norma possuem elementos de especial conexão à ordem jurídica do foro que fazem com que a **norma disponha especialmente para casos com uma especial ligação à OJ portuguesa**, esquecendo casos onde ela não existe.

Ex.: o 1107º, Código Seabra remete para a OJ da nacionalidade do marido na regulação de convenções antenupciais; mas estas convenções referem-se a casamentos realizados por pelo menos um português (o elemento de especial ligação à OJ portuguesa é o facto de ela se aplicar a casamentos em que pelo menos um dos nubentes é português). Por exemplo, esta norma não dispõe para os casos de convenções antenupciais de dois cidadãos estrangeiros.

As normas bilaterais imperfeitas geram, por isso, lacunas. **Nestes casos, o mesmo processo de bilateralização das normas unilaterais aplica-se às bilaterais imperfeitas.**

**(ii)** As normas de conflito podem ainda ser de **conexão singular ou plural**, **em função do critério do número de leis materiais aplicáveis em cada caso concreto.**

As **normas de conexão singular** são aquelas cujo resultado da concretização do seu elemento de conexão é a ***aplicação de um só Direito para reger a questão***.

Uma norma de conexão será **plural** quando, em resultado da sua aplicação, ***desencadear a aplicação simultânea de mais de uma lei material para regular a questão***. Ex.: 33º/3 – *se nisso convierem as leis de uma e outra sede* – daqui se retira que uma transferência de sede não determinará a extinção da PJ de uma PC se tal for compatível com as leis de dois Estados (da sede anterior e da nova sede) – ambas as leis sendo aplicáveis a esta questão. Mais claro ainda é o cariz plural do 33º/4 – aplicam-se ambas as leis pessoais das várias entidades a fundir.

Dentro da conexão singular existem **três subdivisões**:

a) **simples** – a norma de conflitos designa por forma direta e imediata um único Direito aplicável à questão, como por exemplo, o art. 46º/1 CC;

b) **subsidiárias** – a norma de conflitos dispõe de uma série de elementos de conexão que operam em ordem sucessiva, sendo que a ***atuação do elemento de conexão seguinte depende da incapacidade de concretizar o elemento de conexão anterior***, como por exemplo, o art. 53º CC só atuará no seu nº1 se ambos os nubentes tiverem a mesma nacionalidade. Só se concretizarmos este elemento de conexão é que conseguimos determinar a lei aplicável; se eles não tiverem a mesma nacionalidade aplicamos o nº 2;

c) **alternativas** – a norma de conflitos contém dois ou mais elementos de conexão, tendencialmente em plano de igualdade, ***suscetíveis de designarem duais ou mais leis aplicáveis, sendo efetivamente aplicada aquela que, no caso concreto, se mostrar mais favorável à produção de determinado efeito jurídico/resultado***, como por exemplo, o art. 36º CC ou as normas que visam proteger o *favor negotii*; ou o 11º, Regulamento Roma I, aplicando-se a lei que conduzir ao melhor aproveitamento do NJ; ou ainda o 65º, CC aplicando-se a lei que melhor garantir o aproveitamento das disposições por morte.

***As normas de conexão subsidiária/alternativa não deixam de ser de conexão singular, pois o seu resultado é a aplicação de uma única lei material, apesar de existirem várias hipóteses no momento da sua determinação***. FERRER CORREIA ou RUI DIAS usam um critério diferente – o do número de leis indicadas no texto da norma – o que implica mudar as categorias concetuais previamente elencadas. Assim, as normas singulares subsidiárias ou alternativas são nesta construção normas plurais e só as simples serão singulares. LIMA PINHEIRO E MARIA HELENA BRITO defendem o critério do número de leis aplicadas a cada caso em que a norma é usada, aquele que adotámos na nossa exposição.

Dentro da conexão plural devemos considerar duas subdivisões:

a) **simples** – dá-se aplicação conjunta e cumulativa de duas leis de dois ordenamentos jurídicos diferentes. Isto é, o efeito de aplicação de uma norma de conflitos de conexão plural simples tem de ser desencadeado ou reconhecido simultaneamente por dois ou mais Direitos, como por exemplo, o art. 33º/3 e 4, CC;

b) **limitativas** – neste caso, a norma de conflitos chama um Direito como primariamente competente, mas atribui a outro sistema ou norma uma função limitativa ou condicionante quanto à produção de certo efeito. Esta função limitativa da conexão plural permite que se evite que certas pessoas se furtem à aplicação de uma lei para que se lhes aplique uma outra mais favorável.

Ex.: o 55º/1 regula o divórcio e a lei competente será aquela que resultar do 52º/1, para o qual o 55º/1 remete. Por exemplo, por esta via, chegamos à conclusão que a lei aplicável é a lei X e esta permite o divórcio no caso em questão (baseado em maus tratos), sendo aplicável porque A e B são nacionais do país X. No entanto, até Maio de 2015, A e B, eram nacionais do país Y. Por força do 55º/2 ***os factos relevantes para o divórcio só podem ser assim invocados se, no momento em que os mesmos se verificaram, eram relevantes para a lei que regulava o divórcio nessa altura***. Neste caso, se fossem invocados maus tratos em Março de 2015 e se a questão dos maus tratos não fosse relevante para a lei do divórcio do país Y, então esses factos seriam irrelevantes para efeitos do divórcio, pois não lhes poderia ser dada relevância legal, mesmo que à data do divórcio a lei que o regula lhes atribua relevância.

**(iii)** As conexões podem ainda classificar-se em **autónomas** ou **dependentes**. As primeiras serão nos casos em que a respetiva norma de conflitos dispõe de um elemento de conexão que opera a designação do Direito aplicável.

A conexão, por outro lado, diz-se dependente quando é necessário recorrer a outra norma de conflitos para determinar o Direito aplicável, porque a norma de conflitos não dispõe de um elemento de conexão autónomo, como por exemplo, o art. 40º ou o 55º/1, CC.

**3.1. O elemento de conexão: função, espécies, estrutura e concretização**

Segundo a noção tradicional, o elemento de conexão é um laço entre uma situação da vida e dado ordenamento jurídico de um Estado soberano que se entende ser determinante para a escolha do ordenamento aplicável.

O elemento de conexão é diferente da conexão, o primeiro individualiza o Direito a ser aplicado, enquanto aquela é o chamamento de uma ou mais ordens jurídicas – é o chamado *pontifex*, ***a ponte entre a situação e a ordem jurídica aplicável***.

Podem existir várias espécies de elemento de conexão: (i) os **elementos pessoais** – nacionalidade, domicílio, residência habitual e sede da pessoa coletiva; (ii) os **elementos relacionados com o objeto** – lugar da situação da coisa e lugar do destino das coisas em trânsito; (iii) **factos materiais** – lugar onde é praticado o delito, o lugar da celebração de um ato e lugar onde se desenrola um processo.

Há elementos de conexão que não se encaixam nestas categorias, como por exemplo, a designação pelas partes da lei aplicável. Neste caso, **é o acordo das partes que funciona como elemento de conexão**.

Olhemos ainda a **estrutura das normas de conflito**. Neste campo podemos operar a distinção entre **(i) elementos de conexão expressos por conceitos meramente fácticos** (lugar da situação da coisa) e **(ii) elementos de conexão expressos por conceitos técnico-jurídicos** (nacionalidade; domicílio; residência habitual)

Estes últimos levantam especiais dificuldades. O que é que, por exemplo, significam nacionalidade ou domicílio para efeitos de aplicação da norma de conflitos? Temos um segundo problema mais complexo, o do preenchimento do conteúdo concreto, ou seja, como determinar a nacionalidade ou o domicílio de uma pessoa.

***Só por referências técnico-jurídicas é que conseguimos responder a estas questões***.Quanto ao problema de saber o que significam os conceitos técnico-jurídicos das normas de conflito, devemos estabelecer o seu significado ***de acordo com os critérios da lei de foro, em princípio***. Por exemplo, se estiver a aplicar uma norma de conflitos portuguesa, é a lei portuguesa que vai dizer o que significa nacionalidade. Já a determinação em concreto do conteúdo do elemento de conexão, não se fará necessariamente perante a ordem jurídica do foro, mas sim através da ordem jurídica do país cuja nacionalidade ou outro elemento de conexão possa estar em causa.

Pode acontecer que no momento de determinar, em concreto, a nacionalidade de uma determinada pessoa chegamos à conclusão de que o elemento de conexão afinal tem um conteúdo múltiplo. Por exemplo, chegamos à conclusão que o Sr. A tem duas ou mais nacionalidades, por exemplo. Mas também pode acontecer a hipótese inversa. Por exemplo, podemos concluir que não há nenhum país no mundo que atribua nacionalidade ao Sr. B e, portanto, o Sr. B é apátrida.

Por vezes, as leis de cada Estado determinam o que fazer em situações como estas, mas nem sempre é assim. Nos casos de vazio de conteúdo do elemento de conexão, devemos recorrer a uma norma de conexão subsidiária. Por exemplo, se estivermos a apreciar a capacidade de uma pessoa, primariamente vamos atender ao art. 25º conjugado com o art. 31º/1 e vemos que, como a pessoa não tem nacionalidade, recorremos ao art. 52º que é uma norma subsidiária.

Olhemos agora a **concretização dos elementos de conexão no tempo**, em que se torna pertinente a ligação entre o direito aplicável e o tempo.

Se olharmos segundo este prisma para os elementos de conexão, concluímos que ***uns são móveis e outros são imóveis, uns são suscetíveis de se alterar no tempo*** (domicílio, residência habitual, lugar da situação da coisa móvel, a própria nacionalidade) ***e outros não*** (lugar da situação da coisa imóvel, lugar da celebração de um contrato - uma coisa é a possibilidade de as pessoas o celebrarem no lugar *x* ou *y*, mas, uma vez celebrado, o elemento de conexão é imóvel).

Qual é então o momento relevante para concretizar o elemento de conexão? Se as pessoas podem e mudam de nacionalidade, qual o momento relevante para apurar a lei aplicável? Algumas normas de conflito fazem referência a um momento em concreto em que se deve concretizar o elemento de conexão, p.ex. o art. 53º, CC. Este artigo usa elementos de conexão móveis (lei nacional dos nubentes ou lei da residência habitual comum), mas estes são imobilizados pela norma de conflitos, ao estabelecer que se deve aferir tais elementos de conexão à data da celebração do casamento.

A maior parte das vezes o que motiva essa “imobilização” são questões de expetativa e segurança jurídica, uma vez que o elemento de conexão mais apropriado é esse elemento em questão, e que permitir o seu caráter móvel poderá prejudicar os sujeitos da relação jurídica ou terceiros.

Podemos ainda entrever casos em que a aplicação do elemento de conexão se pode encontrar em suspenso, ou seja, em que se tem deixar correr alguns anos para que haja uma fixação do elemento de conexão (é o chamado **estatuto suspensivo do elemento de conexão**). P.ex. o 62º, CC fala na lei pessoal do *de cuius* ao tempo do seu falecimento; logo até à data do seu falecimento não saberemos qual a lei aplicável.

Todas estas questões resultam da alteração concreta do conteúdo do elemento de conexão no decurso do tempo, levando às chamadas questões de conflito móvel/sucessão de estatutos. No nosso ordenamento jurídico não existe uma solução genérica para este problema, mas encontramos, antes, algumas normas específicas para alguns casos, como o 29º ou o 63º, CC.

**4. A Interpretação das Normas de Conflito**

Neste tópico estudaremos os princípios e regras gerais de interpretação de normas de conflito, aplicáveis às várias categorias de normas de conflitos – as de fonte interna e de fonte internacional.

Quer se trate de normas de conflitos de fonte supranacional quer se trate de normas de fonte interna, os critérios de interpretação aplicáveis são os que regem a interpretação de cada uma destas categorias de fontes. Em Portugal, vou ter que atender a regras dessas ordens jurídicas específicas para interpretar as normas de conflitos contidas em fontes internacionais e normas de conflitos contidas em fontes internas.

**(i) Interpretação de normas supranacionais (Convenções e Tratados internacionais)**

Esta questão não é exclusiva do DIP, porque diz respeito à interpretação de tratados e convenções internacionais. Existe uma convenção célebre que é a Convenção de Viena, celebrada em 1969, sobre o direito dos tratados, à qual Portugal aderiu apenas em 2003.

Algumas convenções internacionais, como a de Viena sobre o direito dos tratados, são de tal modo relevantes que quem estuda estas matérias começa a fazer referência às normas nelas contidas, mesmo que elas não vinculam internacionalmente os Estados em causa. Há quem avente mesmo que elas são direito internacional costumeiro.

Esta convenção tem algumas regras gerais sobre a interpretação dos tratados: um tratado deve ser interpretado de boa-fé, por exemplo. Depois são considerados meios complementares de interpretação (circunstâncias em que foi concluído o tratado, por exemplo).

O art. 33º da convenção de Viena sobre os direitos dos tratados diz que se o texto for redigido em duas ou várias línguas e se o texto faz fé nessas duas línguas, os textos tratados têm aqui equivalência aos textos autênticos.

Algumas convenções internacionais de normas de conflitos também incluem critérios de interpretação, como o art. 18º da Convenção de Roma que diz que deve ser tido e conta o caráter internacional das normas, devendo ser aplicadas de forma uniforme. Também o art. 16º da Convenção de Haia, determina que na interpretação da convenção deve ser tido em conta o seu caráter internacional e a necessidade de promover o caráter uniforme da sua interpretação.

Podemos retirar das normas destas convenções algumas ideias úteis:

(i) É necessário recorrer ao direito comparado para entender as regras de conflito contidas em convenções internacionais;

(ii) É necessário ter em conta o modo como as regras uniformes são interpretadas pelos tribunais de outros países onde as convenções estão em vigor.

(iii) A interpretação de normas de conflitos contidas em convenções internacionais deve ser feita autonomamente. Não é possível utilizar conceitos nacionais para interpretar normas contidas em atos internacionais.

No caso da Convenção de Roma ou da de Bruxelas, o TIJ tem competência para interpretar as suas normas. São atos de direito internacional público pelo que foram celebrados protocolos a atribuir competência interpretativa ao TIJ. No caso da Convenção de Bruxelas o protocolo é de 1971, e no caso da de Roma os protocolos foram celebrados muito mais tarde e só entraram em vigor em 2004, pelo que ainda houve um grande período de tempo em que o TIJ não tinha competência para interpretar a Convenção de Roma.

Isto vale também para os atos de direito comunitário. Hoje em dia temos fundamentalmente regulamentos com normas de conflitos. Temos a vantagem de ter um órgão que assegura a uniformidade da interpretação do direito europeu (o TJUE) e, portanto, temos que recorrer à sua jurisprudência nesta tarefa de interpretação.

**(ii) Interpretação de normas de conflitos de fonte interna (no CC)**

Em princípio, são aplicadas as regras de interpretação contidas no art. 9º do CC. Mas temos de ter em conta a especialidade das normas de conflitos porque o DIP é um direito privado especial e porque as normas de conflitos utilizam um processo especial na indicação do regime aplicável – indicam a ordem jurídica a que vamos pedir o regime.

Por isso, também em matéria de interpretação, o direito de conflitos é aberto a outros conteúdos normativos e sistemas jurídicos estrangeiros, tendo em conta os fins próprios do Direito Internacional Privado. Disto decorre que se possa atribuir aos conceitos das normas de conflitos um sentido e alcance diferente do dos conceitos homólogos do Direito material interno.

Por exemplo, o conceito de casamento é utilizado em várias normas de conflitos na subsecção correspondente do Direito da Família. Há conceitos de casamento indissolúvel, casamento indissolúvel por divórcio, etc. Há uma diversidade de conteúdos do conceito de casamento na ordem jurídica portuguesa pelo que este conceito deve ser aberto para receber outras consagrações normativas de direito estrangeiro.

***Em suma, na interpretação das normas de conflitos, regida fundamentalmente pelo 9º, CC, não devemos deixar de ter em conta este caráter aberto dos conceitos utilizados na previsão da norma***.

**5. A Integração de Lacunas das Normas de Conflito**

Algumas questões já estão reguladas por regulamentos ou diretivas da UE, o que atenua o problema.

O que significa uma lacuna no DIP?

Ora, se o DIP tem como objeto a regulação de situações de vida privada internacional através de normas de conflitos, ***existem lacunas quando em relação a uma matéria não encontramos uma norma de conflitos para indicar o direito aplicável a essa questão***, ***quando o legislador não quis que esta matéria ficasse exclusivamente sob regulamentação a ordem jurídica do foro.***

Uma lacuna é, pois, diferente de algo que o legislador não quis regular.

Ex.: União de facto. Não há razoes que levem a pensar que o legislador quis reservar esta matéria à OJ do foro, por isso há aqui uma lacuna. Hoje em dia, o legislador certamente teria permitido a aplicação de um OJ estrangeira

Como preencher, então, as lacunas?

Usamos o critério geral do 10º, CC:

**(i)** O primeiro critério do artigo 10º é o da analogia (*legis* e *iuris*). Este critério também vale para DIP? Sim, é possível aplicar por analogia normas de conflitos.

Esta é uma resposta simplificada. BATISTA MACHADO refere que a analogia é um processo de funcionamento normal da norma de conflitos. Ou a norma de conflitos regula uma situação e é aplicável ou não regula a situação e não é aplicável.

**(ii)** O segundo critério é o de criação de normas *ad hoc*. O julgador tem de imaginar a norma que seria legislada dentro do espírito do sistema para preencher a lacuna, através da individualização dos princípios que criam os sistemas de normas de conflitos.

Ex.: princípio da lei da nacionalidade das pessoas prevalece sobre o princípio da residência habitual

**6. A Aplicação no Tempo das Normas de Conflitos**

Questão preliminar será a de definir o início e termo de vigência destas normas.

Ora, entre a publicação e a entrada em vigor das normas de conflito aplica-se o regime geral da *vacatio legis*: este período corresponderá ao que estiver indicado no diploma e, supletivamente, observar-se-ão os prazos gerais.

Esta ideia é válida no direito interno. Ademais, se olharmos as convenções internacionais estas fixam expressamente o momento da sua entrada em vigor, sendo sempre necessário um mínimo de ratificações para que estas possam entrar em vigor.

Os regulamentos europeus também fixam a data da sua entrada em vigor, mas nem sempre este momento coincide com a sua aplicabilidade.

Ex.1: Regulamento 1114 – determina que entra em vigor 20 dias após a sua publicação, mas depois determina-se que só é aplicável em Janeiro de 2019;

Ex.2: O Regulamento Roma I entra em vigor 20 dias após publicação e depois a sua aplicabilidade no tempo dá-se apenas face aos contratos celebrados após o dia *x* de 2009.

Existe esta diferenciação de momentos entre a entrada em vigor e a aplicabilidade dos regulamentos pois, sendo um regulamento aplicável a vários Estados, existirão várias *vacatio legis* diferentes para os vários Estados, em relação a algumas normas. Além do mais, existem normas que produzem logo efeitos e outros cujo efeito é remetido para mais tarde. Assim, os Regulamentos entram em vigor pois alguns dos seus efeitos já se produzem e vinculam os EM’s mas a sua aplicabilidade em geral, enquanto todo normativo, é diferida.

***Nota* de fundo:** Consultar e dar sempre primazia ao que indicam os diplomas contendo normas de conflito quanto à sua entrada em vigor, quer face aos de fonte nacional quer quanto aos de fonte supranacional.

Com a transição do Código de Seabra para o atual Código, e em matéria de sucessão de leis no geral, coloca-se, em seguida, a ***questão magna de saber que situações da vida são abrangidas pela antiga norma de conflitos e quais as abrangidas pela nova(s) norma de conflitos***?

Antes disso, cumpre tratar de questões afins de influência do tempo em normas de conflitos:

a) Ex.: 25º + 31º/1 dá como aplicável lei suíça que diz que maioridade é aos 20 anos. Entretanto, esta idade muda para 18 anos. Aqui a norma de conflitos mantém-se, as normas materiais da OJ competente por ela indicada é que mudaram. Isto é diferente do problema de sucessão no tempo de normas de conflito.

b) Conflito móvel ou sucessão de estatutos: há modificação do conteúdo concreto do elemento de conexão, mudança das circunstâncias concretas de que depende a determinação da lei aplicável.

Ex.: 25º e 31º/1. A uma pessoa é aplica a lei portuguesa (a lei da sua nacionalidade) que diz que a maioridade é aos 18 anos; mas entretanto essa pessoa muda de nacionalidade para a lei argelina, onde a maioridade é aos 21 anos. Mais uma vez a norma de conflitos mantém-se (não há uma sua sucessão no tempo), mas o conteúdo concreto do seu elemento de conexão altera-se.

Em relação aos casos de conflito móvel, não existe no ordenamento português uma normas de conflitos geral, mas algumas normas *ad hoc* para matérias específicas. Quanto a este exemplo concreto da nacionalidade temos o 29º, CC – neste caso um português de 19 anos continuaria a ser maior por força deste artigo. Outra destas normas *ad hoc* será a do 63º/2.

Olhemos agora, e por fim, a sucessão no tempo de normas de conflito**: uma norma de conflitos sobre uma mesma matéria sofre alterações**. *Quid iuris?* Quais as situações ainda abrangidas pela anterior norma e quais as abrangidas pela nova norma de conflitos? A que direito transitório recorrer?

Este tipo de problemas surgiu com o CC alemão, que entrou em vigor em 1900, sendo um deles relativo à lei aplicável ao casamento. Antes da entrada em vigor do BGB, a lei aplicável era a do domicílio, depois da sua entrada em vigor, passou a ser a lei da nacionalidade. Os casamentos celebrados e válidos à luz do domicílio passariam a ser inválidos e desconformes com o novo CC alemão? Vejamos, utilizando o CC português, a propósito da matéria do regime de bens do casamento:

**1965 1966 1967**

Código Civil 1867 Código Civil de 1966 CC 66 c/ reforma 1977

Casamento entre homem português e mulher inglesa, a residência habitual de cada um é coincidente com ao país da sua nacionalidade, e a sua primeira residência conjugal foi em Londres.

(i) **CÓDIGO DE SEABRA** – era aplicável a lei portuguesa que estabelecia o regime da comunhão geral.

(ii) **CC 1966** – aplicávamos o 53º, CC que manda aplicar o da nacionalidade comum. Na falta dela, atendemos à residência habitual comum no momento do casamento. Na falta dela, aplicava-se a lei da nacionalidade do marido, a portuguesa. No entanto, deu-se a alteração das normas materiais (problema diferente da sucessão de leis) e, portanto, seria aplicável o regime da comunhão de adquiridos.

(iii) **CC c/ alt. 1977** – percurso igual ao do CC 1966, mas após falha da primeira residência habitual comum no momento do casamento, atenta-se à lei da primeira residência conjugal – a lei inglesa, que, neste caso, consagra como regime supletivo de bens o da separação absoluta de bens.

Qual a lei aplicável? Não se discute a entrada em vigor da nova norma de conflito, mas se será ou não aplicável a este caso em concreto. Foi sustentada a tese da aplicação imediata da nova norma com dois fundamentos: (i) as normas de conflito são de direito público e decidem conflitos de soberania entre Estados, importa aplicá-las a todas as situações da vida privada internacional, anteriores ou posteriores a ela, desde a sua entrada em vigor; (ii) e a natureza das normas de conflito é formal, pelo que nesta conceção seria dirigida ao juiz e não aos particulares, pelo que a segurança jurídica não seria imperativo tão importante a assegurar na sua sucessão no tempo.

MARIA HELENA BRITO critica esta tese. Estas normas não se dirigem apenas aos aplicadores do Direito. Os particulares podem ter em conta as normas de conflito na prática de vários atos da sua vida privada.

Será, assim, outra a tese defendida. O princípio geral é o do 12º, CC – a lei nova só dispõe para o futuro. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO aponta para o Decreto transitório do próprio CC, nomeadamente os arts. 5º e ss. desse diploma. Olhemos, por exemplo, o art. 15º, relativo ao regime de bens do casamento: em regra, as normas do regime de bens só se aplicam aos casamentos celebrados a partir da entrada em vigor do CC 1966. COLLAÇO usava esta norma para aplicar por analogia a mesma solução geral do 12º/1 aos casamentos celebrados após a reforma de 1977.

Em suma, quanto à interpretação e integração de normas de conflito e quanto à sua aplicação no tempo, recorremos às normas gerais do 9º ao 12º do CC. ***Mais concretamente, no que diga respeito à aplicação da lei no tempo a solução correta é a do 12º: a nova norma aplica-se às situações posteriores a si, só dispõe para o futuro***. Mas podem existir resoluções diferentes ditadas por princípios de natureza diferente.

**Nota:** Até aqui vimos todas as questões gerais de DIP. A partir de agora, começamos por tratar de questões específicas de normas de conflitos específicas; todas elas questões de interpretação e aplicação de normas de conflito em particular. Entramos na **Parte Específica do Direito Internacional Privado.**

**7. O elemento de conexão**

Há elementos de conexão expressos em conceitos fácticos e outros expressos por conceitos técnico-jurídicos, como vimos *supra[[5]](#footnote-5)*. Trabalhar com estes últimos conceitos implica recorrer, sistematicamente, a outras normas jurídicas para que os possamos definir.

Este é o primeiro elemento de análise do elemento de conexão: **a interpretação do conceito nele contido**; sendo o segundo momento de análise **a concretização do elemento de conexão**, ou seja, a determinação do conteúdo concreto do elemento.

Existe ainda um terceiro problema de análise desta questão é o da **resolução dos “conflitos” positivos ou negativos do conteúdo do elemento de conexão.** Ou este chama mais do que uma lei aplicável ou não convoca nenhuma.

Quanto à interpretação do elemento de conexão, esta faz-se segundo a *lege fori*, ou seja, as normas da ordem jurídica do foro onde este é interpretado.

No que diz respeito à concretização do elemento de conexão, a maior parte da doutrina também defende o recurso à *lege fori*. Contemplam-se exceções a isto? Sim, p.ex. o elemento de conexão “nacionalidade” concretiza-se sempre segundo a *lege causae* (v. *infra*).

**Nota:** Vamos agora estudar alguns elementos de conexão em específico, estudando em relação a eles a sua interpretação e concretização, ou seja, os seus dois primeiros momentos de análise. Remete-se resolução de conflitos (terceiro elemento de análise) para momento ulterior da presente exposição.

**7.1. Elemento de conexão – nacionalidade**

**1. Interpretação:**

Pode-se usar o conceito de nacionalidade em relação a pessoas singulares, coletivas e a certas categorias de bens, como aeronaves ou navios.

Importante definir o que é a nacionalidade para efeitos da aplicação do 31º/1, CC. Mesmo em relação a pessoas singulares, o conceito “nacionalidade” é polissémico:

**(i)** vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um Estado (nacionalidade primária).

**(ii)** pode referir-se a uma ligação a Estados não-soberanos ou associações de Estados (nacionalidade secundária).

P.ex. nos EUA pode-se dizer que há nacionais de estados federais e de estados federados; os primeiros têm nacionalidade primária, os segundos têm nacionalidade secundária.

**20º, TFUE** – institui a cidadania na EU (nacionalidade europeia). Desenha-se aqui uma nacionalidade face a uma associação de Estados, não substituindo a nacionalidade primária; antes complementando-a, enquanto nacionalidade secundária.

**2. Concretização:**

Remetendo a lei para estes ordenamentos complexos (a nível da coexistência nos seus membros de nacionalidades primárias e secundárias) que nacionalidade relevará? Interessará o vínculo entre o sujeito e o Estado que é soberano, independentemente de essa nacionalidade ser primária ou secundária. P.ex. nos EUA remete-se para a nacionalidade primária; mas na Suíça remete-se para a nacionalidade da confederação, secundária, por oposição à do cantão, primária.

Existe um ***princípio de DIP*** que confere a cada Estado o poder de definir quem são os seus nacionais; ***é o direito interno que define o que é e em que moldes se processa a atribuição de nacionalidade***. Esta liberdade de cada Estado é absoluta? Há convenções internacionais que versam sobre esta matéria, como a Convenção de Haia sobre os conflitos de leis em matéria de nacionalidade (antiga de 1930); temos também uma convenção mais recente do Conselho da Europa (1997). Estas postulam limitações, mais muito vagas, pelo que na prática este poder dos Estados não é muito limitado.

O TIJ pronunciou-se sobre esta questão a propósito de Estados que estabeleceram regimes sobre naturalizações forçadas em tempos de guerra. Critica estas soluções, criando um subprincípio (limitativo) ao da liberdade dos Estados quanto à definição da nacionalidade: **o princípio da nacionalidade efetiva,** segundo o qual ***não se pode atribuir nacionalidade a cidadãos que não tenham um vínculo efetivo com o Estado em causa***. Pretende-se não tornar a nacionalidade num expediente de fácil alcance de outros fins que subvertem a razão de ser deste vínculo.

A DUDH diz que todos têm direito à sua nacionalidade, e ninguém pode ser arbitrariamente privado dela. ICCPR determina que toda a criança tem direito à uma nacionalidade. A CRP determina que a privação da cidadania não pode ter como fundamento motivos políticos, mas apenas a lei.

Com este pano de fundo, a doutrina é consensual ao estabelecer que a concretização deste elemento de conexão se faz ***lege causae, isto é, de acordo com a lei do Estado cuja nacionalidade esteja em causa***. Assim, p.ex. no 31º/1, a lei pessoal do indivíduo é a da respetiva nacionalidade. Isto implica um método baseado na tentativa, consultando as ordens jurídicas dos países que possam querer atribuir a nacionalidade a uma dada pessoa e definindo qual a nacionalidade que releva para efeitos de delimitação do conteúdo concreto do elemento de conexão.

Podemos, assim, deparar-nos com situações em que, concretizando o elemento nacionalidade nos termos *supra*, concluímos que há “conflitos” positivos ou negativos de nacionalidade.

Porque é que “conflitos” está entre aspas? HELENA BRITO e ISABEL COLLAÇO criticam esta terminologia por dar a entender que o problema de nacionalidade dá a entender que o elemento se tem de resolver aplicando apenas uma de duas ou mais nacionalidades concomitantes à concretização do elemento de conexão. Isto não é verdade, p.ex. uma norma suíça diz que se aplica ao divórcio a lei da nacionalidade das pessoas, e se ambas tivessem nacionalidades diferentes, aplicavam-se *conjuntamente* as leis de cada uma nacionalidade.

**Nota:** Os conflitos de nacionalidade em Portugal são resolvidos pelos 27º e 28º, da Lei da Nacionalidade. *Vinculação mais estreita* implica análise casuística, muito detalhada da vida da pessoa. Consultar p.2, Caderno.

Quando há “conflito” negativo, temos um vazio de conteúdo do elemento de conexão nacionalidade. Não vamos, nestes casos, atribuir nacionalidade a quem não a tem. Vamos antes usar elementos de conexão subsidiários (em Portugal recorremos ao 32º, CC).

Temos ainda de sinalizar a hipótese excecional de ser irrelevante o vínculo *de iure* de nacionalidade: o caso dos refugiados políticos. Estes não são apátridas, têm ainda nacionalidade, mas fogem do país de que são nacionais. Entende-se que nestes casos não é razoável continuar a aplicar a estas pessoas a sua lei nacional. A Convenção de Genebra estabelece que os apátridas se regem pela lei do país do domicílio e, na falta dele, da residência dos refugiados.

**7.2. Elemento de conexão – domicílio**

Vários países são fiéis a este elemento de conexão, e outros fiéis ao bairro.

**1. Interpretação**

O domicílio traduz um vínculo entre um indivíduo e determinado território, havendo, porém, alguma diversidade legislativa quanto ao critério determinante para traduzir este vínculo. Há um grupo de ordens jurídicas que acolhem o critério do estabelecimento, em que o domicílio será o local em que as pessoas têm o seu centro de negócios e interesses (CC Francês), outro grupo de legislações dá prioridade ao critério da residência habitual, como é o caso do ordenamento jurídico português.

Ora, no direito português se eu posso dizer que a regra é a de que o domicílio é o lugar da residência habitual, depois temos muitas especificidades: temos esta noção de residência a propósito do domicílio voluntário geral (art. 82º) – a pessoa pode ter residência alternada em diversos lugares, a pessoa pode ter mais do que um domicílio voluntário. Se não possuir uma residência habitual, o domicílio será o lugar da sua residência ocasional e, quando uma pessoa não tem uma destas categorias de domicílio, este é fixado no lugar do seu paradeiro da pessoa. Nunca ninguém em Portugal está sem domicílio, portanto – 82º/2, *in fine*.

Se no direito português temos esta noção de residência a verdade é que também encontramos no art. 83º uma referência ao domicílio profissional – lugar onde a profissão é exercida – pode uma pessoa, por isso, em Portugal possuir diversos domicílios. ***A diferença entre domicílio voluntário e domicílio legal é que este último refere-se a determinadas pessoas em certas circunstancias - a lei determina que os funcionários públicos têm domicílio legal no local onde exercem a sua função***, etc (85º, 87º e 88º).

Há também uma noção que não é muito utilizada no direito português – o domicílio de origem, que será o domicílio da pessoa no momento do nascimento. Este também é um domicílio legal, pois é encontrado por referência a uma pessoa em determinada circunstância, por imposição legal[[6]](#footnote-6).

Temos, assim, OJ’s perante os quais as pessoas têm apenas um domicílio e outras perante as quais as pessoas têm vários (p.ex. a Professora tem um domicílio voluntário – casa - mas também um domicílio profissional - FDUNL). Uma pessoa, à luz do OJ português, pode até ter mais que um domicílio voluntário ou profissional – vejam-se os artigos 82º e ss.

Por outro lado, há ordenamentos como o anglo-saxónico que apenas admitem que a pessoa tenha um só domicílio. Neste ordenamento, as pessoas têm necessariamente um domicílio, mas nunca mais que um domicílio. É muito exigente, nessa ordem jurídica, adquirir um domicílio voluntário, pelo que, regra muito geral, o domicílio dos cidadãos será o de origem. Para que uma pessoa perca o domicílio de origem e adquira o voluntário, tem de (i) ser capaz, (ii) ter residência efetiva no lugar onde pretende estabelecer o domicílio voluntário, (iii) mostrar intenção de residir num lugar permanente e indefinidamente, (iv) mostrar intenção de abandonar o domicílio de origem (muito exigentes os requisitos probatórios, pois há presunção muito forte no direito inglês segundo o qual pessoas mantêm o domicílio de origem).

Para interpretar o multifacetado conceito de domicílio recorremos, também, à *lege fori*, ou seja, interpretamos a norma de conflitos que contenha este elemento de conexão segundo a lei/OJ que a contém. Tendo de aplicar normas de conflitos estrangeiras com o elemento de conexão “domicílio”, tenho de ter em conta o conceito de domicílio da OJ de onde advém a norma de conflitos – esta é ainda uma interpretação *lege fori*.

**2. Concretização**:

Como concretizo este elemento? Vimos quanto à nacionalidade que a interpretação tem que ser *lege causae*, porque tenho eu ter em conta a lei do país cuja nacionalidade possa estar em causa, não podendo concretizar este elemento de conexão com base nos critérios da nossa Lei da Nacionalidade, salvo para as pessoas para as quais os critérios ditam terem nacionalidade portuguesa.

Por outro lado, a concretização, no contexto de outros elementos, pode ser *lege fori*, sendo esta, inclusive, a regra geral. Nesses termos, para saber se uma pessoa tem domicílio voluntário ou legal num certo país, eu atendo aos critérios dos arts. 82º e ss. do CC, aplicando os critérios da nossa Ordem Jurídica. Esta é a resposta da doutrina tradicional relativamente a todos os elementos de conexão, exceto o elemento nacionalidade.

No entanto, MAGALHÃES COLLAÇO entendia que este elemento “domicílio” devia ser concretizado *lege causae* em matérias do estatuto pessoal, pois há imensos sistemas (como o nosso) em que o elemento de conexão “domicílio” tem a mesma função (pessoal) que tem o elemento nacionalidade. Assim, o domicílio seria definido de acordo com a lei do pais onde situe o domicílio em causa, o que, para a corrente defendida por MAGALHÃES COLLAÇO, garantiria a uniformidade quanto à determinação da lei aplicável – a pessoa tem domicílio no país que a considere domiciliada no seu território. Importar-se-ia, neste contexto, o método de concretização por tentativas[[7]](#footnote-7). FRACAS TENTATIVAS.

Se se adotar a tese *lege causae* (de acordo com o princípio da liberdade dos Estados para definir o que é o domicílio, princípio paralelo ao da liberdade aplicável à concretização da nacionalidade), por oposição a quem defende que, estando este elemento englobado pela regra geral, se concretiza *lege fori*; há grande possibilidade de existirem conflitos positivos. Aí a solução será a aplicação por analogia do 27º e 28º da LN.

**7.3. Elemento de conexão – residência habitual**

No âmbito do estatuto pessoal, encontramos a residência habitual no art. 32º/1 (conexão que determina a lei pessoal na falta da nacionalidade); a residência habitual comum como elemento de conexão em substituição do elemento da nacionalidade comum (art. 52º/2); 53º/2, 1ª parte – residência conjugal; ou em matéria de filiação (57º e 60º); etc. Em todos estes casos, estamos no âmbito do estatuto pessoal.

O 31º/2 também usa este elemento de conexão como meio de respeitar o *favor negotii*. Usa-se a “residência habitual do declarante” para reconhecer como válido em Portugal um contrato celebrado nesse país da residência habitual – devo ter em conta a lei desse país a nível de direito material (validade do NJ) e a nível das normas de conflito (se este país se considera competente). Vemos aqui outra utilização deste elemento de conexão fora do âmbito do estatuto pessoal.

Podemos, ainda, descortinar o elemento “residência habitual” em outras referências difusas ao longo do CC. *Vide* 35º/2 e 3; 39º/2; 42º/1; 45º/3.

Este elemento aparece também com grande relevância nas convenções internacionais celebradas sobre a égide da Conferência de Haia em matérias do estatuto pessoal. O elemento de conexão que tratava as matérias do estatuto pessoal era, nas primeiras convenções, a nacionalidade. Estas convenções granjearam pouco êxito, pois não foram subscritas por estados que davam prevalência à lei do domicílio. Passam, por isso, as convenções, sem abandonar o elemento de conexão nacionalidade, a dar prevalência ao elemento residência habitual, que aparece com grande destaque na Convenção de Roma aplicável às obrigações contratuais (3º, 4º), que no seu artigo 19º até define o que se deve entender por residência habitual.

A residência habitual é uma realidade palpável, apesar de haver algo de jurídico no conceito de habitualidade. O elemento de conexão residência habitual não é, por isso, meramente fáctico, a *habitualidade* tem algo de técnico-jurídico. Isto é algo que os diplomas que o usam reconhecem ao fornecer definições de residência habitual, quer de pessoas singulares quer de pessoas coletivas. ***Nas normas de conflito de fonte interna este elemento não é definido; o que nos leva a crer que sendo um elemento fáctico, não podemos deixar de procurar alguma estabilidade/permanência da residência habitual***. De facto, a residência habitual é diferente da simples residência – é um vínculo com alguma permanência.

A residência habitual pode ser comum se for em sítios diferentes do mesmo país: um dos cônjuges reside em Lisboa e outro reside no Porto. Têm ou não residência habitual comum para efeitos da aplicação do art. 52º/2 do CC? Sim, porque se faz referência a um território jurídico comum (Portugal).

Isto já será, no entanto, mais complexo se estes sítios diferentes de residência habitual se derem em ordenamentos jurídicos complexos; p.ex. um cônjuge no estado de NY e outro no Texas; ainda que ambos nos EUA. Aí já não temos uma residência habitual comum, porque em ordenamentos jurídicos complexos não podemos considerar que exista um território jurídico comum que seja estadual.

**7.4. Considerações finais sobre o elemento de conexão**

**1.** Há outros elementos de conexão, os quais não vamos detalhar muito. P.ex. a sede ou o lugar da administração efetiva de PC; a lei do lugar de celebração (problemas porque há contratos celebrados por transmissões onde não se pode definir um só lugar de celebração, pelo que este é um elemento obsoleto já muito afastado); o lugar da prática de um facto ou o local da ocorrência de um dano

**2.** A partir de certo momento, verificou-se uma tendência para construir as normas de conflito de outro modo. Até agora falámos de elementos rígidos, fundados em conceitos determinados, fixos. Ora, as normas de conflito passaram a ser construídas de forma muito mais dinâmica/flexível.

P.ex. a Convenção de Roma usa como elemento de conexão em alguns casos a lei do país com a qual se apresente uma conexão mais estreita. Esta ideia da conexão estreita parece estar subjacente a todos os elementos de conexão, ao procurarem formalmente a lei mais próxima, formalmente mais adequada a uma situação, pelo que este é um princípio transversal a todas as normas de conflito. Usando este elemento de conexão teremos, assim, nestas novas normas de conflito uma cláusula aberta fundada num conceito indeterminado que ajuda a, mais flexivelmente, cumprir a função do DIP. Foram construídas normas próximas destas que oferecem presunções de conexão mais estreita para ajudar nesta tarefa, mas mesmo assim não é fácil a aplicadores do direito lidar com este conceito indeterminado.

**3.** Às vezes, uma norma de conflitos remete para ordenamentos complexos, com vários sistemas jurídicos: os ordenamentos plurilegislativos. Temos de definir nesse caso qual o sistema jurídico dentro do ordenamento complexo que consideramos aplicável. Esta é uma ***operação complementar à de concretização do elemento de conexão***. No nosso CC, a norma basilar de condução desta operação é o 20º.

Segundo o 20º, CC quando estiver em causa o elemento de conexão “nacionalidade” é o direito interno para o qual a norma de conflitos remete que determina o sistema jurídico aplicável. Para FERRER CORREIA quando o elemento de conexão for diferente do elemento “nacionalidade” a norma de conflitos já aponta para um lugar concreto no espaço que escusa a operação de identificar qual o sistema jurídico dentro do ordenamento complexo que deve ser aplicado. Ex.: lugar dos bens, lugar da celebração do contrato, etc.

20º/1: O que significa o direito interno de um Estado? A expressão *direito interno* é polissémica mesmo dentro do nosso CC e de instrumentos legislativos do DIP. No entanto, o nº2 concretiza direito *interno* no contexto desta norma, mostrando que o que está em causa é o *direito interlocal* – um conjunto de normas que resolvem conflitos interlocais num estado plurilegislativo, *i.e.*, conflitos que surjam envolvendo as várias ordens jurídicas que coexistam num ordenamento complexo.

Hoje em dia, na generalidade dos ordenamentos plurilegislativos (UK, EUA, Espanha) não existe um conjunto de regras estaduais comuns que resolvam os conflitos interlocais – não há um conjunto unificado de direito interlocal.

Devemos então olhar os critérios subsidiários do 20º/2. Em primeiro lugar, devemos recorrer ao *direito internacional privado* do ordenamento para o qual o elemento de conexão da nossa norma de conflitos remete. Mas isto exige um corpo de normas unificado referente a esta matéria, o que também não existe também nestes ordenamentos plurilegislativos. Excecionamos desta afirmação o ordenamento espanhol que, no 9º do seu CC, dita a aplicação da lei da vinculação dos sujeitos às *vicindás*, às circunscrições territoriais dentro do Estado; p.ex. Galiza, Valência, Catalunha, País Basco, etc.

O 20º/2 ainda avança um segundo critério subsidiário – a lei da residência habitual do interessado. Só um problema: pode a residência habitual da pessoa ser fora do Estado para o qual a norma de conflitos portuguesa inicialmente remeteu. P.ex. um indivíduo britânico tem residência habitual na Bósnia. FERRER CORREIA defende que se deve manter uma interpretação literal desta norma, mesmo que, por força do seu último elemento de conexão subsidiário, esta remeta para um Estado diferente do inicialmente indicado pela norma de conflitos, pois, nesse momento de aplicação do 20º já tinham sido dadas várias oportunidades para o ordenamento indicado resolver o conflito, algo que este não conseguiu fazer.

A prof. MAGALHÃES COLLAÇO recusa isto, dizendo que (i) esta solução desvirtuaria a perceção da norma de conflitos portuguesa que considerou o ordenamento plurilegislativo aquele que seria formalmente mais adequado à resolução daquela situação; (ii) além do mais, aplicar a lei da residência habitual à pessoa substituindo-o pelo elemento de conexão *nacionalidade* seria tratar o interessado como se fosse, à luz da lei portuguesa, um apátrida (solução materialmente equivalente ao 32º/1).

Assim, defende uma ***interpretação restritiva deste preceito, como apenas acionando o critério da residência habitual se este remeter para um sistema dentro do ordenamento plurilegislativo e recusando a aplicação desta norma se este seu critério subsidiário remeter para um Estado diferente do do ordenamento plurilegislativo***.

Nestes termos, caso este último critério do 20º/2 não se possa aplicar estamos perante uma lacuna. Como resolvê-la? MARIA HELENA BRITO ***defende uma analogia com o caso do conflito de nacionalidades, semelhante a este caso porque existe um conteúdo múltiplo do elemento de conexão nacionalidade***. Aplicar-se-ia, nestes termos, o 28º, LN, em que se aplica também o critério da residência habitual e, ***na falta de residência habitual da pessoa, ou se a sua residência habitual não for em nenhum dos estados correspondentes às suas várias nacionalidades*** o critério da vinculação mais estreita.

Nestes casos, o elemento de conexão é a nacionalidade, mas, havendo um seu conteúdo múltiplo, a residência habitual e a vinculação mais estreita são critérios de resolução da multiplicidade do conteúdo concreto do elemento de conexão, e não elementos de conexão de *per se*. ***Transpondo este raciocínio para resolver o 20º/2 quando não seja aplicável o critério da residência habitual, devemos atender dentro do ordenamento plurilegislativo ao sistema jurídico com o qual a pessoa mostre uma vinculação mais estreita***.

A posição de MAGALHÃES COLLAÇO é apoiada pelas soluções legislativas de muitos ordenamentos estrangeiros – é, por isso, compatível com o sistema internacional de normas de conflitos. Exs.: lei austríaca, lei italiana[[8]](#footnote-8).

LIMA PINHEIRO e MAGALHÃES COLLAÇO dizem que esta operação complementar de concretização do elemento de conexão *nacionalidade* quando este tiver um conteúdo múltiplo se aplica a todos os elementos de conexão, pelo que se devem aplicar por analogia os vários critérios (todo o percurso lógico *supra*) do 20º, CC a todos os outros elementos de conexão para lá do elemento de conexão *nacionalidade*. Mas FERRER CORREIA é que redigiu esta parte do CC, pelo que apenas foi regulado o caso de utilização do elemento de conexão *nacionalidade*.

20º/3: mais uma vez, remetem-se para critérios unificados de resolução deste tipo de conflitos que existam nos ordenamentos para os quais a norma de conflitos remeta. Aqui estão em causa os conflitos interpessoais, de aplicação numa ordem unitária de vários sistemas a diferentes categorias de pessoas.

**8. Devolução e Reenvio**

Quando uma norma de conflitos remete para um ordenamento jurídico, este ordenamento possui direito material e direito internacional privado próprios. Será que a remissão da minha norma de conflitos se dirige a ambos os ramos (e por isso àquele ordenamento como um todo), ou será que abrange apenas o direito material do ordenamento para o qual se remete?

Se eu admitir que a referência da norma de conflitos a um ordenamento seja **global** (ao OJ designado no seu conjunto) podem acontecer três coisas: (i) a OJ considera-se competente pra tratar o caso; (ii) a OJ não se considera competente e devolve a regulação da questão à OJ da norma de conflitos inicial (**retorno/devolução**) ou (iii) a OJ não se considera competente e transmite essa competência uma outra OJ terceira que não a inicial (**transmissão de competência/reenvio**).

Há várias teses:

- **Remissão apenas para a ordem material** – o OJ ao qual a norma de conflitos se refere não se pode considerar incompetente, pois a remissão não se estende às normas de competência internacional;

- **Remissão para a OJ na globalidade** (incluindo as normas de competência internacional – DIP) o que permite as situações (ii) e (iii) *supra*;

- **Teses mistas –** p.ex. a tese da devolução simples ou a da dupla devolução.

Seja qual for a tese adotada, no final tenho de encontrar necessariamente normas materiais, de regulação direta do caso *subjudice*. A questão aqui é saber como chegar às normas materiais e que normas materiais são aquelas às quais chegaremos.

**Origens históricas deste problema**:

Caso *Forgo* – caso onde este problema ganhou grande acuidade e começou a ser debatido. Este caso deu-se em França e foi julgado por tribunais franceses. Sr. Forgo era um cidadão alemão mas vivia em França, onde morreu. Colocou-se a questão de saber qual o destino a dar aos seus bens. Para os tribunais franceses foi esta a questão colocada, puramente sucessória – **temos aqui a tal ideia de necessidade de encontrar normas de regulação direta**. Aqui a OJ do foro será a francesa e, de acordo com o direito francês e tendo em conta que estavam em causa fundamentalmente bens móveis, a norma de conflitos francesa remetia para a lei alemã (da Baviera) como lei do domicílio (este foi o elemento de conexão usado)[[9]](#footnote-9).

A *Cour de Cassation*, após remeter para a lei da Baviera, questionou-se o que diria a lei bávara em relação à sua própria competência internacional (ou seja o que diriam as normas de conflito do OJ Bávaro). Ora, ainda que esta lei regulasse a matéria substantiva, de acordo com as normas de conflitos da Baviera o domicílio do Sr. Forgo era em França – a concretização do elemento de conexão da lei bávara devolvia a competência para o OJ francês[[10]](#footnote-10). *Quid iuris*?

A *Cour de Cassation*, considerando que o OJ alemão devolvia a competência ao OJ francês, aplicou as normas materiais francesas, entregando os bens ao Estado – esta a solução material do OJ francês.

**Pressupostos da verificação do problema da devolução e do reenvio**:

- (i) **Existência de normas de conflitos bilaterais** – este problema só surge se a norma de conflitos remeter para OJ’s estrangeiras e só as normas bilaterais podem remeter para OJ’s estrangeiras (as normas unilaterais remetem para a OJ do foro, e aí não se coloca esta questão da devolução, transmissão ou inexistência delas);

(ii) **As normas de conflito internas e estrangeiras** não podem ter, em relação à mesma matéria, elementos de conexão iguais ou, no mínimo, concretizáveis do mesmo modo – **são divergentes entre si ao nível do seu conteúdo**. No caso *Forgo*, as normas de conflitos francesa e bávara até eram semelhantes aparentemente (tinham ambas o elemento de conexão domicílio), mas na sua concretização o conteúdo da remissão operada por cada uma revelou-se divergente.

**Teses**:

1***. Se a referência da norma de conflitos for material, a normas de conflitos do foro remete para a lei material de uma OJ estrangeira e para mais nada***, portanto aplicar-se-á o direito material estrangeiro sem questionar se o direito de conflitos do foro para o qual se remeteu rejeita conhecer da questão tratada – esta é a posição, por exemplo, do direito brasileiro.

Razões que justificam esta tese:

- (i) **argumento histórico** de ser assim o funcionamento das primeiras normas de conflitos (remissão material para uma OJ competente);

- (ii) **essência da norma de conflitos** – se a norma de conflitos pretende designar a norma melhor posicionada para regular uma dada questão da vida privada internacional e remete para uma certa lei material, então não se deve contestar (por meio de devolução ou de reenvio) essa capacidade da lei para a qual se remete de regular a questão em mãos. ***Recusar aplicar esta lei material para a qual se remete significa contestar a perceção do legislador de conflitos da OJ do foro onde a situação surge***.

2. ***Referência global – para o direito material e para o direito de conflitos da OJ para a qual se remete***. Antes de aplicar a lei material deste OJ, temos sempre de sondar as suas normas de conflitos para ver se ela se considera competente. E aí podem surgir as três situações *supra* – competência da OJ, devolução ou transmissão para ordem terceira.

**Argumentos a favor desta tese**:

- Se o OJ do foro (ou do OJ terceiro) ***recusasse aplicar a sua lei após a devolução, geraria um conflito negativo de competências*** (porque ambas as normas de conflitos de ambos os OJ’s se consideraram incompetentes);

- O DIP não se esgota com a identificação de uma lei competente. Os casos requerem uma regulação substantiva, é necessária a aplicação concreta de um direito material e a devolução/reenvio quando são aceites, são-no nesse sentido, de ***não deixar o caso sem regulação diret***a;

- ***As OJ’s são unas, quando se remete para uma não devemos cindi-la entre normas materiais e normas de conflitos***.

- A tese da referência global ***assegura a unidade/harmonia internacional das decisões*** nos casos onde é aplicada, por forma a não gerar conflitualidade entre autoridades no panorama internacional. Ex.: se a lei portuguesa remeter para a lei X e a lei X para a lei Y, caso a lei Y se considere competente, então independentemente da tese aplicável em X, a lei Y é aquela que deverá ser aplicada. A tese da referência material, por outro lado, implicaria que apenas se aplicasse a lei X sem mais, o que seria manifestamente incorreto.

A tese da referência global é uma ideia muito geral, sendo concretizada em múltiplas teses mais concretas e com diferenças entre si.

**Argumentos contrários à referência global**:

- Aceitar a referência global, se esta implicar uma devolução ou transmissão de competências, leva a que não consideremos globalmente a OJ para a qual se remete em último turno. No caso *Forgo* isto é muito claro[[11]](#footnote-11), o tribunal francês regula a situação utilizando a sua lei material após remissão da lei bávara; ao fazê-lo está a ignorar a globalidade da sua ordem jurídica, *i.e.*, as suas normas de conflitos.

- Consequências práticas do argumento *supra*: Se o caso, em vez de ser decidido em França, tivesse sido na Baviera, e nela também se seguisse a tese da referência global, então o OJ bávaro remetia para França, entendia pela referência global e assim o OJ francês remetia de novo para o OJ bávaro, cuja lei material seria aplicada[[12]](#footnote-12). Ou seja, ***conforme o lugar onde se decida a questão de DIP, pode a lei material indicada ser diferente - não é líquido o facto de a referência global assegurar a harmonia internacional das decisões***.

- Se levarmos às últimas consequências a tese da referência global em caso de devolução, aplicando-a sempre, as OJ’s em causa estão sempre a remeter a regulação do caso uma para a outra, nunca se decidindo qual dos OJ’s regulará o caso, num “pingue-pongue perpétuo”. Frustra-se, assim, aquilo que é o desiderato final deste problema – a regulação direta/material do caso.

Porque tiveram consciências destas limitações da tese da referência global, os tribunais alemães e franceses formularam uma tese – **a tese da devolução simples**:

***Quando a norma de conflitos do foro remete para uma OJ estrangeira, esta referência é entendida como global***. Isto significa que vou ter de sondar a norma de conflitos da lei designada, para ver se a OJ designada se considera competente. ***Se esta, à luz do seu DIP, remeter a regulação do caso para outra OJ*** (uma terceira, ou novamente para a OJ do foro), ***iremos ficcionar, do ponto de vista da lei do foro, esta referência não como global, mas como material*** apenas se reportando às leis materiais da OJ considerada aplicável pela norma de conflitos da OJ designada. Isto conduz, no caso de devolução/retorno, à aplicação da lei material do foro; e, no caso de reenvio/transmissão de competência, à aplicação da lei material do OJ terceiro para o qual se reenvia o caso.

Ex.: Houve um caso em Portugal, em 1952 (anterior ao atual CC), onde se aplicou a teoria da devolução simples. Faleceu um senhor francês e discutia-se que destino dar aos seus bens. O tribunal português entendeu que, aplicando uma norma de conflitos anterior às do CC, aplicar-se-ia a lei da nacionalidade do *de cuius*, que seria a lei francesa. Então o tribunal português foi sondar qual era a norma de conflitos francesa e o *Code Civil* considerava aplicável à sucessão a lei do último domicílio do falecido – ou seja, a lei portuguesa. ***A lei francesa operava uma devolução à lei do foro***. Então o tribunal português entendeu a referência à lei francesa como global, operando a devolução para a lei portuguesa. Esta devolução foi ficcionada, do ponto de vista da lei do foro (OJ português), como material, pelo que o tribunal português decidiu aplicar a lei material portuguesa por meio desta devolução.

Este caso promove a harmonia dos julgados (***aplicação de uma lei que fosse considerada competente em todas as ordens jurídicas com ligações a um dado caso***)? Não, porque se ambos os tribunais aplicassem a teoria da devolução simples, o tribunal português fazia uma devolução para a lei material portuguesa e o tribunal francês fazia uma devolução para a lei material francesa[[13]](#footnote-13). Portanto, temos de concluir que esta teoria também não conduz sempre à harmonia de julgados, que é seu pressuposto de legitimação. ***Só conduziria à harmonia de julgados se a lei que opera a devolução (neste caso, a lei francesa) tivesse uma norma de conflitos que previsse expressamente uma referência material e não global*** – na teoria da devolução a simples a referência material é ficcionada.

A solução do nosso CC neste caso seria que a referência original feita pela norma de conflitos portuguesa operava para a lei material francesa. O nosso CC regula esta questão de forma geral no 16º, que nos diz que o princípio geral é a referência material das nossas normas de conflitos para lei estrangeira, *salvo preceito em contrário[[14]](#footnote-14)*. Quer isto dizer que podem haver exceções a este princípio, p.ex. 17º, 18º, 36º e 65º. Por isso, BATISTA MACHADO apelidava o 16º de *regra residual*. HELENA BRITO diz que o facto de existirem exceções à regra do 16º, não o desvaloriza como norma que fornece o princípio geral e basilar de todo este regime – quanto muito ilustra o facto de esta ser mesmo uma norma geral.

O nosso CC contém dois princípios que ajudam a aceitar as referências materiais que sejam feitas em devolução. A harmonia de julgados (17º e 18º) e o *favor negotii* (36º e 65º). Pode dizer-se que a devolução deve ser admitida como um ***mecanismo de correção do resultado a que conduz no caso concreto a aplicação das normas de conflitos***, quando tal seja exigido pela justiça conflitual. No quadro de tal justiça, é principalmente o princípio da harmonia internacional de soluções que pode fundamentar a aceitação da devolução (17º e 18º). No entanto, o princípio do *favor negotii* também tem um papel a desempenhar e, justifica, designadamente, que perante normas de conflitos que visam favorecer o aproveitamento de NJ’s materiais a devolução que elas fazem seja admitida quando favoreça ou, pelo menos, não prejudique, estes resultados materiais.

Retomando a análise da teoria da devolução simples, já vimos que esta assenta numa mera ficção de referência material (assume-se que será esta a natureza da referência feita pelas normas de conflito do OJ designado). Porque não pode, p.ex. em casos de reenvio, a referência feita por L3[[15]](#footnote-15) ser global? Nesse caso, poderia a L3 devolver para L2 ou até transmitir a competência de regulação do caso para L4 (e assim sucessivamente), podendo-se eventualmente chegar a uma harmonia de julgados. Já vimos os problemas que esta tese pode acarretar ao não assegurar sempre a harmonia de julgados.

Foram precisamente esses problemas que levaram à formulação de outros entendimentos mistos – nomeadamente a **teoria da dupla devolução**, formulada por tribunais ingleses, onde foi apelidada de *foreign court theory*. Em que consiste?

Consideremos que estamos num tribunal inglês e que a lei inglesa (L1) remete, na sua norma de conflitos, para uma lei estrangeira (L2). ***Nessa referência está implicado que o tribunal inglês terá de decidir o caso com base na lei que seria considerada competente se a questão fosse suscitada, em primeira análise, no tribunal do país para o qual a norma de conflitos inglesa remete***. Esta tese exige, portanto, que o tribunal inglês se coloque na posição dos tribunais do OJ para o qual remetem.

Há nesta tese uma referência global para a OJ designada, mas que vai mais longe que a teoria da devolução simples. Esta remete apenas para a norma de conflitos da ordem jurídica designada. ***A referência global na teoria da dupla devolução acarreta que a norma de conflitos do foro remete para a norma de conflitos da lei designada, mas também para a norma que decide da natureza da referência feita à OJ estrangeira (que decide se a norma de conflitos da lei designada fará uma referência material ou global)***. O tribunal inglês deixa à L2 a definição quer do OJ considerado competente (L3 se houver reenvio ou L1 se houver devolução) quer da natureza dessa designação (global ou material).

Ex.1: Cidadão do UK com domicílio em Itália. A norma de conflitos em relação à capacidade para celebrar NJ remete para a lei do domicílio. Assim, o tribunal inglês pergunta ao tribunal italiano como seria discutido este caso no seu OJ. Primeiro verá qual a norma de conflitos italiana. Esta remete para o direito inglês, pois o elemento de conexão é o da nacionalidade – opera-se o retorno. Mas o tribunal inglês vai ainda aferir no OJ italiano qual a natureza da referência feita. Se a lei italiana dispusesse que a referência que a sua norma de conflitos faz era material, o tribunal inglês aplicaria a lei material inglesa por indicação do OJ italiano.

Ex.2: Imaginemos que o cidadão do UK do Ex.1 acima tinha domicílio em França. A norma de conflitos inglesa remetia para o OJ francês. O OJ francês dispunha que a norma de conflitos competente era a inglesa. E quanto à natureza das referências feitas pelas normas de conflitos francesas, o OJ francês diz que será de aplicar uma devolução simples. Assim a norma francesa faz uma primeira referência global à lei inglesa (devolução a L1) e depois, como a lei inglesa designa outro OJ competente, a natureza dessa referência seria ficcionada como material. Portanto o OJ inglês faria uma segunda referência ao ordenamento francês (L2), mas esta já material. Solução: aplica-se a lei material de L2.

Ex.3: Imaginemos agora o artigo 18º, CC a remeter para o direito do UK. Imaginemos que, à luz do 20º, CC, percebemos que dentro do ordenamento jurídico complexo britânico será competente o inglês e que este remete para o OJ português através da sua norma de conflitos. O 18º, CC diz que, se a referência feita para o nosso OJ por normas de conflitos estrangeiras determinar a aplicação do nosso direito interno (no contexto de uma devolução que o OJ designada faça para o nosso OJ), então será aplicável o direito material português. Neste caso, o OJ britânico remete para o português e sabemos que o faz pela dupla devolução, que aceitará o que quer que se entenda em Portugal, portanto a harmonia de julgados está sempre assegurada, quer o tribunal português aceite a devolução do ordenamento inglês pelo 18º/1 (BATISTA MACHADO entende isto porque acha que é preferível um tribunal português aplicar direito português), quer volte a remeter para a lei material inglesa pelo 16º (MAGALHÃES COLLAÇO e FERRER CORREIA defendem isto por respeito à regra geral do 16º).

**Nota:** *v. querela com mais detalhe infra, na al. c), p.40, in fine*.

Fazemos uma última referência ao regime dos regulamentos europeus. Na maior parte dos casos, a referência global é recusada (veja-se, p.ex. o 20º do Regulamento Roma I) – os regulamentos europeus adotam esta solução por uma questão de simplicidade e certeza na aplicação do direito, uma vez que possuem uma regulação uniforme extensível a vários países[[16]](#footnote-16). Pretende-se facilitar a aplicação do DIP entre todos os Estados-Membros.

Olhemos agora o nosso sistema, patente no CC[[17]](#footnote-17):

O princípio geral, já vimos, é o da referência material para o OJ designado (16º). No entanto esse artigo que contém o princípio geral ressalva que ele valerá *na falta de preceito em contrário*: temos de ver, por isso, se no OJ português há normas que postulam, em casos específicos, uma referência global. Estudemos, portanto, as demais normas desta secção do CC.

**18º/1, CC**:

- Aplica-se a casos de devolução para a lei portuguesa. A lei portuguesa remete para um ordenamento e nesse ordenamento, as normas de conflito remetem de novo para o OJ português, nomeadamente para as suas normas materiais. Para ver se, nos termos do 18º/1, a norma *devolve para o direito interno português* temos de sondar a lei designada ainda para efeitos da natureza da referência que a sua norma de conflitos faz. ***O artigo 18º/1 ao exigir que a referência seja feita para o direito interno português, exige uma análise da natureza da referência feita pela norma de conflitos***:

a) Se for feita uma referência material, então aplica-se o 18º/1 – o direito interno português é aplicável àquele caso;

b) Se for feita uma referência nos termos da devolução simples, então não se aplica o 18º/1, pois se a lei designada fizer uma referência nos termos da devolução simples irá remeter para o direito português de forma global e depois ficcionar uma referência material para o ordenamento que o direito português indicar na sua norma de conflitos – aplicar-se-ia o direito interno da lei designada, ou seja, não se remete para o direito interno português e não se aplica o 18º/1[[18]](#footnote-18);

c) Se a referência da lei designada para o nosso OJ for feita nos termos da dupla devolução, então a lei designada diz que aceitará o que quer que o OJ português considere em relação à natureza da referência e o OJ português, à luz do 18º/1, fica à espera do que a lei designada diga quanto à natureza da referência que faz. Mas, lá está, a natureza da referência do OJ estrangeiro apenas nos diz que irá aguardar o que o OJ português diga. Ficamos num impasse, em que nenhum dos ordenamentos promove a resolução desta questão, há alguma “parcimónia” de parte a parte, todos os OJ’s dizendo que aceitam a referência que o outro faça, mas nenhum a definir a natureza da referência fazer, efetivamente. *Quid iuris*? Surgem várias teses em Portugal:

1. BATISTA MACHADO: diz que a harmonia de julgados está sempre conseguida, seja a lei aplicável a portuguesa ou a lei estrangeira, pois é isso que o CC no 18º/1 promove – é o princípio que lhe subjaz. BATISTA MACHADO diz que, por isso, devemos aceitar a devolução como sendo feita para a lei portuguesa, porque (i) o ordenamento estrangeiro irá aceitar isto, pois funciona na base da dupla devolução; e (ii) se o OJ designado pela nossa norma de conflitos vai aceitar que apliquemos o direito interno português, então é preferível ter os tribunais portugueses a aplicar e interpretar o direito português.

2. FERRER CORREIA, MAGALHÃES COLLAÇO e LIMA PINHEIRO: não se aplica o 18º/1, porque a devolução para o direito português não é feita para o nosso direito interno, aplica-se no ordenamento estrangeiro uma tese devolucionista para o nosso sistema no seu todo (norma de conflitos e norma sobre a natureza da referência) e este (i) indica, na nossa norma de conflitos o ordenamento estrangeiro e (ii) dispõe no art. 16º como princípio geral que essa referência será material.

d) A lei portuguesa num caso de sucessão por morte diz-nos, por conjugação dos artigos 62º e 31º/1 (que convocam o elemento de conexão “nacionalidade”), que a este caso se aplica a lei francesa (remissão para OJ estrangeira). Vemos à norma de conflitos francesa que remete para o ordenamento brasileiro.

E qual será a natureza da referência feita pela lei portuguesa? Se for material, independentemente da norma de conflitos francesa, aplica-se o direito interno francês (princípio geral do 16º); se for devolução simples, aplicava-se o direito interno brasileiro (referência global para o OJ francês e ficção de referência material do OJ designado pela norma de conflitos francesa); se fôssemos perguntar ao ordenamento brasileiro, indicado pela lei estrangeira, qual a sua norma de conflitos e qual a natureza da sua referência, percebemos que esta remete para o direito português por meio de referência material, pelo que se aplicaria o direito interno português.

O direito brasileiro (L3) refere o direito interno português (de L1), mas o que o 18º/1 exige é que a lei designada pela nossa norma de conflitos (L2, o francês) devolva o caso para o nosso direito material português. Neste caso, há uma coincidência feliz pois o ordenamento brasileiro refere o direito interno português e o ordenamento francês segue a devolução simples pelo que remete para o direito brasileiro como um todo e a referência que este fizer (neste caso para o nosso OJ) será ficcionada como referência material, pelo que também se aplica o direito interno português.

Mas tínhamos de atender ao ordenamento brasileiro (L3) para ver se o 18º/1 é aplicável? Não, apenas nos interessa o DIP da lei designada pela norma de conflitos portuguesa e esta (ordenamento francês), nos termos da devolução simples, remete para o nosso direito interno ainda que indiretamente (passando pelo OJ brasileiro). ***Percebemos, assim que o 18º/1 pretende a harmonia de julgados entre o nosso OJ e o OJ designado pela nossa norma de conflitos, mais nenhum***.

**17º**:

- O 17º/1 começa com, *porém*, o que faz uma clara ligação adversativa com o 16º e o seu princípio geral. Vemos que (i) temos de atender à norma de conflitos da lei designada (L2) pela nossa norma de conflitos, (ii) esta tem de remeter para uma outra legislação que não a nossa (uma L3) e (iii) esta L3 tem de se considerar competente para regular o caso – aí viabiliza-se o 17º/1 e aplica-se o direito interno de L3, ou seja se a lei para a qual a norma de conflitos de L2 remeter se considerar competente, aplica-se o direito interno dessa lei (L3) e resolve-se o caso com o 17º/1.

- ***Para vermos se a L3 se considera competente então temos de ver as suas normas de conflitos***. Já vimos que, se a norma de conflitos de L3 referir o seu direito interno, o 17º/1 aplica-se. Mas e se L3 se considerar competente indiretamente (p.ex. por meio da adoção em L3 do sistema de devolução simples, ou seja, referência global para um ordenamento cuja norma de conflitos devolve a L3 numa referência que se ficciona material)? Aplica-se à mesma o 17º/1? Sim, porque se cumprem os dois requisitos do 17º/1: a lei designada (L2) remete para outra legislação (L3 ou L4 ou L5 ou Ln) e que L3 se considere a si própria competente. Ambas as leis consideram competentes a mesma lei (L3) pelo que assim se assegura a harmonia de julgados.

- E se L3 se considerar competente (direta ou indiretamente) e a L2 não considerar L3 competente? Aplicamos o 17º/1? Não, porque falta o requisito de L2 (a lei designada pela nossa norma de conflitos) considerar a L3 competente, esta nem remete a regulação do caso em mãos para L3. Assim, não haveria harmonia de julgados entre L2 e L3, pelo que não se pode viabilizar o 17º, artigo que promove, precisamente, este princípio.

- Se não se aplicar o 17º/1 então aplica-se o princípio geral do 16º e é competente o direito interno da lei designada pelo nosso OJ, ou seja, o direito interno de L2.

- O nosso sistema não corresponde nem à devolução simples nem à dupla devolução. Com a devolução simples é clara a não-semelhança, mas também não há correspondência com a dupla devolução. Por um lado, há semelhanças com a dupla devolução porque nos interessamos, no nosso OJ, não só pela norma de conflitos da lei designada mas também pela natureza da referência que essas normas operam (veja-se o 17º ou o 18º). Além do mais, os resultados da aplicação do sistema português e da dupla devolução muitas vezes coincidem. Mas não são uma e a mesma coisa, porque no nosso sistema não aplicamos de forma pura aquilo que a lei designada dispuser (como na dupla devolução), vamos ainda interessar-nos por outros requisitos que podem ditar a não aceitação do que a lei designada dispuser (e a aceitação da referência material nos termos do 16º).

- O **18º/2** especifica-nos, durante da tipologia de situações que trata, os casos em que estão em causa matérias do estatuto pessoal (25º). Nesses casos, o 18º/1 só se viabiliza nestas matérias se o interessado[[19]](#footnote-19) tiver em território português a sua residência habitual ou se a lei do país da sua residência também considerar competente o direito interno português.

Então e se o *interessado* não tiver residência habitual em Portugal e a lei da sua residência não considerar o direito interno português competente? Falha a aplicação do 18º e aplica-se o 16º, o princípio geral.

O que é que se consegue necessariamente no 18º com esta norma do seu nº2? ***Uma harmonia de julgados muito específica entre o OJ da nacionalidade*** (elemento de conexão das matérias de estatuto pessoal em Portugal) ***e o OJ da residência habitual***. Ou seja, se o OJ da nacionalidade (que será o OJ aplicável nas matérias de estatuto pessoal) remetesse para o direito interno português nos termos do 18º/1 só se viabilizaria isto se (i) o interessado tiver a residência habitual em Portugal e por isso convocar a lei interna portuguesa ou (ii) se o interessado tiver residência habitual num país que igualmente considere competente a lei interna portuguesa.

- E quanto ao 17º/2? No 18º/2 temos um requisito adicional para aceitar a devolução do 18º/1 para o nosso direito interno, enquanto que no 17º/2 temos dois casos em que cessa, liminarmente, o reenvio do 17º/1. O 17º/2 faz cessar este reenvio em duas hipóteses: (i) o indivíduo tem a residência habitual em Portugal, cuja norma de conflitos considera aplicável o direito interno da lei da nacionalidade do indivíduo; ou (ii) o indivíduo tem residência habitual noutro Estado que considera igualmente competente para aquele caso o direito interno da lei do Estado da nacionalidade do indivíduo.

O 17º/2 já não promove a harmonia de julgados entre o OJ da nacionalidade e o OJ da residência habitual. Veja-se o caso do 17º/1 em que a L3 se considera competente e que por isso se aplica o seu direito interno.

Se se aplicar o 17º/1 a L2 remete para L3 e esta considera-se competente – aplica-se L3. Mas nos casos do 17º/2, já não se aplica L3 antes se aplicará a lei definida pelo Estado da nacionalidade do indivíduo[[20]](#footnote-20), que pode (por coincidência) ou não ser L3. Concluímos, nestes termos, que é mais restritivo o regime do reenvio em matérias de estatuto pessoal do que nos restantes domínios.

Vejamos agora o 17º/3, que não tem correspondência no art. 18º. Por força desta norma, será aplicável a regra do nº1 às situações patrimoniais nela referidas. Sendo estas igualmente situações incluídas no âmbito do estatuto pessoal, ser-lhes-ia aplicável à partida o 17º/2 e cessaria a devolução no 17º/1. No entanto, como se referem a bens imóveis, o legislador decidiu dar prevalência à aplicação da lei do lugar da situação desses bens, voltando à regra do 17º/1 (exceção da exceção).

Assim, desde que se verifiquem os pressupostos do 17º/1 (o nosso DIP remeter para um OJ que designa como competente a lei da situação dos bens imóveis e esta também se considerar competente) será aplicado o direito material da lei do lugar dos bens imóveis.

Ex.: Uma matéria de sucessão por morte aberta antes de 17 de agosto de 2015 (a partir desta data entra em vigor o regulamento europeu em matéria de sucessão e este aplica-se à sucessão de pessoas falecidas depois desta data). A norma de conflitos do direito português remete para a lei da nacionalidade e esta remete para a lei da situação de bens imóveis. O caso contemplado no 17º/3 é de sucessão imóvel. Se a lei onde se situam os imóveis se considerar competente, aplicamos L3, nos termos do 17º/3.

O fundamento desta norma e o princípio aqui em causa é o da maior proximidade da lei à situação da vida privada do ponto de vista espacial. A lei melhor posicionada para reger bens imóveis é a lei do lugar da situação dos bens imóveis, pois qualquer decisão proferida sobre esta matéria deve ser suscetível de ser reconhecida no país onde se situam estes bens imóveis. É comum nas diversas ordens jurídicas haver algo de semelhante à figura do registo – autoridade pública toma nota relativamente a todos os atos relativos a bens imóveis. De que valeria aplicar uma outra lei, se depois os efeitos da decisão proferida viriam a produzir-se fundamentalmente no país onde se situam os imóveis?

No entanto, o princípio da maior proximidade não constitui só por si um fundamento para o funcionamento do 17º/3, ele só opera dentro do quadro da harmonia de julgados promovido pelo 17º/1. Num dado caso de sucessão imobiliária, se se concluir que a lei do país da nacionalidade se considera competente, não poderei aplicar a lei da situação dos bens imóveis, porque a lei da nacionalidade não remete para esta lei da situação dos bens imóveis.

Continuemos o nosso périplo pelo CC, com uma análise do artigo 19º. Este determina que ***cessa a devolução/reenvio do art. 17º aquando da aplicação deste resulte a invalidade ou ineficácia de um negócio jurídico***.

Com efeito, o funcionamento das normas de conflitos e este problema da devolução/reenvio não é indiferente ao resultado neles obtido. De facto, quando falamos em harmonia de julgados colocamo-nos num plano formal. Ora, para oferecer regulação direta ao caso temos ainda de consultar o direito material dos OJ envolvidos.

Assim, se por aplicação do direito material de L3 um negócio for inválido, mas se à luz de L2 ele for válido, então cessa o reenvio feito a L3 e aplicamos o 16º, determinando que àquele NJ se aplicaria o direito material de L2. Encontramos, assim, o princípio do *favore negotii* a fazer cessar o reenvio. E o mesmo aconteceria num caso de devolução: se o negócio fosse considerado inválido perante o direito material português para qual operava a devolução, mas válido por L2, também se aplicaria o 16º.

***Em suma, se do 17º ou do 18º brotar algum dos resultados apresentados supra (reenvio no caso do 17º ou devolução no caso do 18º) que ponham em causa o favore negotii, então cessará o que neles se encontra disposto, retornando-se à regra geral do 16º e permitindo a validade dos negócios jurídicos em causa***.

**19º/2:** Presume-se que quando as partes de um negócio jurídico escolhem o direito aplicável a ele, essa referência é dirigida às normas materiais da OJ designada (se se estabelece que um contrato será regido pelo direito inglês ou francês, aplicamos as respetivas regras materiais). Nem sequer é necessário ter em conta neste caso os artigos 17º e 18º. Assim o 19º/2 traz-nos mais um caso em que não são admitidos a devolução ou o reenvio. Em suma, estes não se admitem nos:

1. Casos em que temos o princípio do *favore negotii* a isso obsta (19º/1);

2. Casos em que L2 é uma lei escolhida pelos interessados, partes de um NJ, desde que essa designação da lei aplicável esteja na disponibilidade das partes (19º/2) – neste caso a autonomia privada sobrepõe-se à harmonia de julgados.

Posto isto cumpre sinalizar que o princípio do *favor negotii* surge no nosso CC a cumprir duas funções opostas: a fazer cessar a devolução no 19º/1 e a fundamentar a devolução nos artigos 36º e 65º do CC, em matéria de forma dos negócios jurídicos *inter vivos* no 36º e em matéria de forma dos negócios jurídicos por morte no 65º.

**36º:** Optou-se na primeira parte do 36º/1 por uma conexão dependente: a forma da DN é regulada pela lei aplicável à substância do negócio, ou seja, pela lei competente para reger o conteúdo e os efeitos do NJ. Para concretizar esta parte do 36º/1 temos sempre de nos socorrer de outra norma de conflitos que defina a lei aplicável à substância do NJ – esta é uma norma de conflitos dependente.

No entanto, o 36º contém uma conexão alternativa, com fundamento no *favor negotii*, que tem em vista prosseguir a validade formal do NJ. Assim, oferece-se ao órgão aplicador a possibilidade de atender a uma das seguintes três leis, qualquer uma delas em nome do aproveitamento do NJ:

1. A lei aplicável à substância do negócio (vimos *supra*, 36º/1, 1ª parte);
2. A lei do lugar da celebração do NJ (36º/1, 2ª parte);
3. A lei do Estado para que remete a norma de conflitos da lei do lugar da celebração do NJ (36º/2).

Vemos, assim, no 36º/2 o princípio do *favor negotii* a fundamentar a aceitação do reenvio, apenas se exigindo que através da aplicação do direito material do Estado para que remete a norma de conflitos da lei do lugar da celebração do contrato se consiga assegurar a validade formal do NJ, algo que não se lograria pelas vias do 36º/1[[21]](#footnote-21).

**Nota:** *v. anotação 5. do artigo 36º, CC anotado que apresenta o limite da valência apresentada no 36º/2.*

No art. 65º temos uma norma de estrutura semelhante – uma norma de conexão alternativa, em que basta que uma das leis indicadas[[22]](#footnote-22) permita a validade das disposições do *de cuius* para ser aplicável, assim garantindo o aproveitamento dos NJ’s *mortis causa*. A estrutura é semelhante, mas não exatamente igual, pois a indicação de todas as leis alternativas está no 65º/1, enquanto que o nº2 apresenta uma limitação face à liberdade da conexão alternativa. Por força do 65º/2, já não prevalecerão as exigências especiais de forma (sob pena de nulidade ou ineficácia) da lei da substância do negócio como no 36º; mas antes as exigências especiais de forma da lei pessoal do autor da sucessão ao tempo da declaração.

Uma das leis indicadas na conexão alternativa do 65º permite a aceitação do reenvio em nome do *favor negotii*: a lei do Estado para que remete a norma de conflitos da lei do lugar da celebração do NJ em causa.

Por último, cumpre notar que o 65º visa não só prosseguir a validade formal das disposições por morte, mas igualmente dos atos de revogação ou modificação dessas mesmas disposições por morte.

Estas normas do 16º a 19º mais 36º e 65º só se aplicam se estiverem em causa as normas do CC. Isto é claro quanto a regulamentos europeus (que assumem primazia sobre o nosso direito de conflitos interno), mas mesmo dentro do nosso OJ existem normas que diferem do estatuído nestes artigos do CC. P.ex. Código dos Valores Mobiliários, em que há norma na qual se exclui o reenvio – *referência à lei estrangeira abrange apenas o direito material dessa lei*.

Vamos, por fim, falar de um regulamento europeu em específico, o regulamento que define a lei aplicável em matéria sucessória[[23]](#footnote-23), por forma a tratar neste contexto dos regulamentos europeus. Como outros regulamentos europeus, este também tem um cariz universal – não se aplica só às relações entre EM’s. Por um lado, os regulamentos dizem que pode ser determinada como lei aplicável uma lei que não seja a de um EM. E, como consequência, os regulamentos aplicam-se seja qual for o elemento de conexão que confere cariz universal à aplicação da norma em causa, ou seja, aplico-os na relação entre EM’s e não EM’s seja qual for a ordem jurídica exterior à União que esteja em causa.

Os regulamentos europeus têm precedência sobre as normas do CC, seja em matéria sucessória, seja em matéria contratual.

Na maior parte dos casos de aplicação dos regulamentos, não surge a questão da devolução. Porquê? Porque a necessidade de aplicar normas relativas à devolução só surge se uma norma de conflitos remeter para uma OJ estrangeira, uma norma de conflitos bilateral. E, na mais das vezes, os regulamentos, remetem materialmente para o próprio OJ.

21º/1, regulamento sucessões: diz que a lei aplicável é a da residência habitual do falecido ao tempo da morte. O 4º diz que o tribunal competente para decidir do destino da sucessão será o órgão jurisdicional de um Estado-Membro onde o *de cuius* tenha a sua residência habitual ao tempo do óbito. Assim, o regulamento estabelece que é aplicável a lei do foro pelos tribunais do foro. Verifica-se, então, uma coincidência entre o tribunal e o direito a aplicar, sem se remeter para uma OJ estrangeira – isto corresponde à resolução da generalidade dos casos. Nestes não se suscita a questão da devolução.

No entanto, estas normas ressalvam disposições em contrário, que existem no 10º, *a contrario* e no 11º, normas de competência residual que permitem que se conheça um caso em tribunal estrangeiro e/ou com lei estrangeira.

O 34º estabelece ainda os casos em que se aceita o reenvio/devolução. Estas questões só se põem se da aplicação do 21º do regulamento se designa como lei aplicável a de um OJ que não é EM:

- No 34º/1, a) aceita-se o reenvio quando as normas de DIP do OJ designado remetem para a lei de um EM. Casos em que isto pode acontecer:

(i) Quando L2 (que não é de um EM) remete para uma L3 que é de um EM;

(ii) Quando L2 (que não é de um EM) devolve para L1, de um EM.

- No 34º/1, b) – quando L2 (não EM) remete para L3[[24]](#footnote-24) e esta se considera competente para regular a situação em causa, o regulamento prescreve a aceitação desse reenvio.

**9. Fraude à lei**

Os elementos de conexão de uma norma de conflitos podem ser moldados pelas partes. P.ex. se um elemento de conexão é o da nacionalidade ou da residência habitual ou outro qualquer que até agora falámos, pode o indivíduo mudá-las. ***O conteúdo concreto do elemento de conexão pode ser alterado e assim as pessoas podem influir na lei aplicável ditada pelas normas de conflito***.

Todos os elementos de conexão estudados até agora são móveis[[25]](#footnote-25). Mas esta questão da alteração do conteúdo de um elemento de conexão para influenciar a lei aplicável não se cinge aos elementos móveis, mas a todos os elementos de conexão cujo conteúdo possa ser alterado pelas partes, sejam móveis ou imóveis (p.ex. pode-se influenciar a lei aplicável através da escolha do lugar de celebração do NJ, e este não irá mudar ao longo do tempo, sendo um elemento de conexão imóvel).

Podem então as partes, adaptando o conteúdo concreto de um elemento de conexão, subtrair-se ao cumprimento de normas imperativas de um OJ, tornando-lhes aplicáveis leis que lhes sejam mais favoráveis. Mas será lícito às partes, numa situação da vida privada internacional evitar a aplicabilidade de uma certa norma jurídica de modo a evitar uma proibição legal da lei normalmente aplicável?

Pressuposto primeiro deste problema, em questão do que já vimos é que estejam em causa elementos de conexão suscetíveis de serem concretizados por alguma atuação das partes (nacionalidade, residência habitual, domicílio, lugar da celebração de um negócio jurídico).

**Caso célebre da jurisprudência francesa** – **Caso Beauffremont/Bibesco**:

Uma princesa belga casou com um príncipe francês, Beauffremont, e com o casamento a princesa belga adquiriu a nacionalidade francesa. Separaram-se, mas não se conseguiam divorciar, pois a lei francesa (a da nacionalidade, elemento de conexão em causa) não o permitia. Assim, a princesa adquiriu a nacionalidade alemã, em cujo OJ o divórcio era possível, divorciou-se segundo a lei da nacionalidade e casou com um príncipe alemão, Bibesco. O que disse o tribunal francês? Considerou que a aquisição da nacionalidade alemã, o divórcio e o novo casamento obtidos à luz da lei alemã eram todos inválidos, nulos. Porquê? Vigorava a tese de que tudo o que fosse feito com fraude à lei era inválido, o que se considerou ser o caso.

Casos como este colocam a questão de atribuir ou não relevância a estas manobras que consistem em alterar o conteúdo concreto de um dado elemento de conexão – **as manobras de fraude à lei**. Uma situação de fraude à lei só pode ser configurada perante um concreto sistema de conflitos de um OJ.

Há alguma doutrina que considera que a fraude à lei não deve ser relevada no contexto do DIP, com vários argumentos:

1. É o próprio sistema de normas de conflitos que indica aos interessados como se podem subtrair à aplicabilidade de uma lei e favorecer a aplicação de uma outra lei. P.ex. um OJ que determine que a lei aplicável ao conteúdo de um testamento será a lei da nacionalidade no momento da morte, ora esse sistema de norma de conflitos está a indicar às pessoas qual a via para elas fugirem à aplicação de uma lei e se colocarem ao abrigo de uma outra lei – mudando a nacionalidade.

2. Há casos em que não se consegue apurar qual o direito de cuja aplicação as partes quiseram fugir. Há casos em que, efetivamente, é impossível apurar qual a OJ cuja aplicabilidade se pretendeu evitar.

3. Isto conduziria a uma grande insegurança nas relações internacionais e quanto aos efeitos a atribuir à fraude à lei em DIP, se a nulidade (na senda do caso Beauffremont) se outro qualquer vício.

***Também há outra doutrina que defende que só deve haver fraude à lei quando esta vier associada a violações de ordem pública internacional do Estado o foro – este é o entendimento do OJ alemão – não fazendo sentido tratar autonomamente a fraude à lei no contexto do DIP***.

Posição diferente tem o nosso OJ que, na esteira do 21º, CC, atribui relevância a estas situações de fraude à lei, como estudaremos já em diante. Não é indiferente à figura da fraude à lei em DIP. O direito de conflitos português deu especial atenção a esta figura, de forma autónoma.

Cumpre, então, definir fraude à lei. Para que se possa falar de fraude à lei em DIP ***é necessário que através da mudança do conteúdo concreto do elemento de conexão, os interessados consigam, pelo menos formalmente, perante a norma de conflitos do sistema do foro, subtrair-se à aplicabilidade de uma OJ e colocar-se ao abrigo de uma outra OJ que pretendem aplicar***.

Esta definição contém um **elemento subjetivo** – intenção dos interessados de se desviarem da aplicação de uma lei e de fazerem, pelo menos formalmente, com que se aplique outra lei; e um **elemento objetivo** – mudar o conteúdo concreto do elemento de conexão da norma de conflitos aplicada ao caso concreto.

Ex.: 2 portugueses têm 15 anos e querem casar. Pela conjugação do 49º e 31º/1 é aplicável a lei portuguesa, que não o permite. Os portugueses resolvem ir a um estado dos EUA onde a idade núbil é os 15 anos, casam-se e vêem para Portugal achando-se casados. O elemento subjetivo existe – houve intenção de se furtarem à lei portuguesa; mas o elemento objetivo não está presente, eles não alteraram o conteúdo concreto do elemento conexão, foram aos EUA casar, mas a lei portuguesa, por força da norma de conflitos, continuar a ser aplicável e a invalidar o casamento. Para lograr o objetivo pretendido tinham as partes de mudar de nacionalidade (elemento de conexão da norma de conflitos) para uma cujo OJ permitisse o seu casamento. Estes são os chamados casos de *fraude falhada* – há elemento subjetivo, mas não objetivo da fraude à lei.

Vamos então ver como é que o nosso OJ trata da fraude á lei. Comecemos por sinalizar normas no nosso OJ que visam prevenir a fraude à lei:

- **41º, CC**: começa por dizer no seu nº1 que os sujeitos de um NJ podem escolher a lei aplicável, expressa ou tacitamente (*houverem tido em vista*), para a regulação das obrigações provenientes de NJ. Mas o seu nº2 limita esta escolha a leis de OJ’s que tenham elementos objetivos ligados ao NJ em causa – p.ex. a residência da partes, o domicílio, o lugar da celebração do contrato, etc. Então uma escolha que não esteja em contacto com elementos objetivos do NJ atendíveis ao DIP é inadmissível? Não, a 1ª parte do 41º/2 diz que esta escolha pode valer se corresponder a um interesse sério dos contraentes. Isto permite prevenir situações em que à escolha das partes preside uma intenção de defraudar a lei, um interesse que não pode ser dado como jurígeno.

- o **53º, CC** é outra forma de prevenir a fraude à lei, através da fixação do momento relevante para determinar a lei aplicável e determinar o conteúdo concreto do elemento de conexão – art. 53º/1 - momento da celebração do casamento. Pretende-se, assim, evitar a influência de um cônjuge em relação ao outro na mudança do regime de bens do casamento e também proteger os direitos de terceiros que contactam com o casal, vedando assim a que no decurso do casamento se mude a lei aplicável à regulação patrimonial do casamento.

Já para o caso de estas situações se verificarem efetivamente, o ***21º, CC diz que as situações de fraude à lei são irrelevantes na aplicação das normas de conflito***. Que situações são estas? Fala o 21º em *situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade de lei que seria, noutras circunstâncias, competente*. A generalidade dos elementos de conexão é expressa em conceitos técnico-jurídicos e mudar o seu conteúdo concreto é uma situação de direito (nacionalidade/domicílio, etc.); mas mudar elementos expressos por conceitos meramente fácticos (p.ex. lugar dos bens) já constitui uma situação de facto. E qual o alcance da expressão *irrelevante*? Implica que estas situações não podem ser tidas em consideração na aplicação da norma de conflitos, tal como se não tivessem existido. A consequência disto é aplicar a lei que, inicialmente, seria competente. P.ex. no caso de mudança de nacionalidade, não tiraremos a nova nacionalidade ao que a mudou (este ato não é inválido como fluiria do caso Beuaffremont), apenas aplicaremos a norma de conflitos relevante tendo em conta a antiga nacionalidade do indivíduo, tudo se passando, em matéria de DIP, como se não tivesse havido mudança de nacionalidade. Em Portugal uma solução de nulidade como a defendida no caso Beauffremont não se pode aceitar – ***há uma aplicação na mesma da norma de conflitos, mas sem considerar a mudança do conteúdo concreto do elemento de conexão***.

Não se faz qualquer distinção no 21º quanto à lei da qual se pretendeu “fugir” – releva qualquer situação em que se obviou à aplicação da lei considerada competente por uma norma de conflitos, seja ela a do foro ou outra lei estrangeira.

Vejamos agora a realidade dos regulamentos europeus. 3º, Reg. Roma I – a liberdade de escolha da lei aplicável às obrigações contratuais é muito ampla, vemos isso no 3º/1 e 2. Mas o 3º/3 e 4 procuram condicionar esta liberdade, postulando a aplicação de certas normas imperativas. **Nota:** *v. 3º/3 e 4, Reg. Roma I*. Há doutrina (LIMA PINHEIRO) que considera, por isto, que o 3º do Roma I não postula uma autonomia privada, pois existem uma série de normas imperativas que são sempre aplicáveis independentemente da vontade das partes.

**10. A qualificação**

A qualificação é um problema de subsunção/recondução de algo concreto a um conceito utilizado numa norma, surgindo no momento de aplicação dessa mesma norma.

Existem três momentos de análise deste problema:

1. **Interpretação de conceitos**

2. **Caracterização do objeto concreto que estiver em causa**

3. **Subsunção desse *quid* concreto a um conceito utilizado numa previsão normativa**

Este problema não é único do DIP (é, aliás, tratado em qualquer ramo de Direito sempre que se fale em subsunção), mas ganha especial relevância no DIP, onde assume contornos especiais, como estudaremos adiante. Porque é que o problema da qualificação tem especial acuidade no DIP? Por um lado, as várias ordens jurídicas com que as situações da vida privada entram em contacto podem ter **conceitos diferentes de expressões uniformes**.

Além do mais, a maior parte (senão a totalidade) das normas de conflito com as quais trabalhamos utilizam, para delimitar o seu objeto, conceitos técnico-jurídicos. Ex.: *obrigações contratuais*, *relações de família*, *a capacidade para contrair casamento*. Temos, assim, de recorrer a outras normas jurídicas para perceber o alcance dos conceitos utilizados na previsão das normas de conflito; e mesmo essas podem variar.

Em suma, **as situações da vida privada internacional encontram-se em contacto com diversas OJ e, por isso, podem ser caracterizadas de modo diferente perante tais OJ**.

Diz-se que este problema da qualificação no DIP foi individualizado por KAHN e BARTIN[[26]](#footnote-26). Porquê? Estes dois autores, analisando a jurisprudência dos respetivos países, foram percebendo alguns problemas suscitados pela qualificação dos conceitos utilizados nas normas de conflito.

BARTIN, nos finais do século XIX referia-se à *impossibilidade de conseguir a supressão definitiva dos conflitos de leis*. Dizia que eram “*vãos os esforços feitos pelos internacionalistas com vista à unificação das regras de DIP. Mesmo que tais regras sejam uniformes, surge uma questão de que ninguém tinha suspeitado e que torna impossível a desejada unificação. Essa questão que surge é a dos conflitos de qualificações”*. Ou seja, um entendimento diferente que fosse dado a regras de conflitos que fossem uniformes geraria sempre conflitos de qualificações, pois um mesmo conceito poderia ser qualificado de maneiras diferentes de OJ para OJ.

KAHN, por seu turno, publicou vários artigos em que se referiu ao problema dos conflitos latentes, ou seja, referiu-se aos conflitos que *surgem não da diversidade das normas de conflitos em cada país, mas antes da diversidade da natureza das relações jurídicas nos vários países*. Conflitos patentes são conflitos que se geram na diversidade entre normas de conflitos, que possuem elementos de conexão diferentes. Mas existem conflitos latentes quando mesmo que duas (ou mais) normas de conflito sejam aparentemente uniformes, se verifica uma diversidade da natureza de relações jurídicas. Assim, mesmo que normas de conflito apresentem o mesmo elemento de conexão, o seu conteúdo pode diferir.

A questão da qualificação diz fundamentalmente respeito à previsão de uma NJ, sendo que a estatuição de uma norma de conflitos é a atribuição de competência a uma OJ. A previsão de uma norma de conflitos refere-se, pois, ***à delimitação do âmbito de competência atribuída à lei designada pela OJ do foro***, ***sendo precisamente isto que o problema da qualificação pretende definir***.

O nosso CC possui um artigo-base em matéria de qualificação: **15º, CC.** P.ex. a norma de conflitos relativa à capacidade atribui competência à lei da nacionalidade da pessoa e o 15º, CC diz que a competência atribuída por uma norma de conflitos a uma OJ designada abrange apenas as leis visadas pela norma de conflitos (neste caso as reguladoras da capacidade na OJ designada). Repetimos: ***este problema da qualificação é o de delimitar o âmbito específico da competência atribuída por uma norma de conflitos a uma OJ designada***.

**Casos históricos em que se suscitaram questões de qualificação**:

1. **Caso que serviu de base ao estudo de BARTIN**. Discutido em tribunais da Argélia. Os cônjuges da família Bartholo eram nacionais de Malta. Casaram sem celebrar convenção antenupcial. Fixaram o primeiro domicílio conjugal em Malta. Passado um tempo instalaram-se na Argélia, onde adquiriram bens imóveis. A Argélia era, à data, uma colónia francesa e por isso nela vigorava o direito francês. Não tiveram filhos. Passado um tempo faleceu o Sr. Bartholo, imperando decidir do destino dos seus bens. Tínhamos duas OJ’s potencialmente aplicáveis pelos tribunais argelinos: o de Malta e francês, em vigor na Argélia. Se o OJ de Malta fosse aplicável havia uma norma que atribuía à viúva uma quota de ¼ dos valores deixados pelo cônjuge. Já o direito francês, sendo aplicável, não atribuiria qualquer direito à Sra. Bartholo. Só que a norma de conflitos maltesa era relativa ao regime de bens por dissolução do casamento; e a norma de conflitos francesa era relativa ao regime da sucessão por morte. Está aqui em causa saber se este será um problema de regime de bens ou de sucessão por morte – ***tudo depende da qualificação deste quid concreto às luz das normas relevantes para o subsumir a uma delas***.
2. **Caso que foi objeto dos trabalhos de KAHN**. Na Alemanha discutiram-se várias questões semelhantes a esta: alemães, detentores de cheques emitidos nos EUA e sujeitos à lei de um estado dos EUA, apresentavam-se perante tribunais alemães a reclamar os seus créditos. Qual a questão suscitada? Os credores eram alemães mas a lei relativa aos títulos de crédito era a dos EUA. A questão era saber se os credores estavam a tempo de reclamar os seus créditos ou se já tinha operado a prescrição. O OJ alemão e OJ americano são potencialmente aplicáveis: segundo o direito alemão, o prazo de prescrição seria de 3 anos, mas no DIP alemão o direito material alemão não seria aplicado a esta questão pois a prescrição é matéria de direito substantivo, pelo que se aplica a lei designada pelas normas de conflito e naquele caso elas não apontavam para a lei alemã mas para a americana; segundo o direito americano a prescrição tem natureza processual pelo que serão aplicadas as suas regras, como quaisquer outras de processo, por parte do tribunal do foro (americano) – o seu prazo seria de 6 anos.
3. Caso discutido em tribunais ingleses em meados do século XX – **caso Eloísa Maldonado**. Era espanhola, falecendo em Espanha, sem testamento e sem sucessíveis. A maior parte dos seus bens eram títulos de crédito – valores mobiliários, depositados num banco em Londres. A questão discutiu-se perante tribunais ingleses. A questão era saber quem era o destinatário dos seus bens. Temos duas OJ em contacto com esta situação da vida privada, qual deles seria aplicável e como qualificar este problema? Se fosse aplicável a lei espanhola (que era chamada pela norma de conflitos do direito inglês), relativa a sucessões, os bens seriam atribuídos ao Estado Espanhol, pois a sra. não deixou testamento nem parentes sucessíveis. Nos termos do direito inglês, a coroa britânica tem um direito de apropriação sobre bens deixados vagos/sem dono no seu território, o que era o caso. A questão, portanto, é que o direito inglês seria chamado pelas próprias leis do foro se se considerasse que este era um problema relativo ao direito de apropriação. O que está em causa é o seguinte: o destino dos bens, deixados por morte de uma pessoa, deve ser considerado uma questão relativa a sucessões por morte, ou uma questão relativa a direitos reais, designadamente o direito de apropriação do OJ inglês?
4. **Caso do casamento dos gregos ortodoxos** - Até há alguns anos, o direito material grego exigia que o casamento celebrado entre dois gregos ortodoxos fosse celebrado segundo o rito ortodoxo, com a presença de um ministro do culto ortodoxo. O casamento teria de ser celebrado sob uma forma religiosa e com a intervenção desse ministro. O direito grego entendia esta exigência como de natureza substancial e como condicionante da validade do casamento – se a mesma não fosse cumprida o casamento seria inexistente. Dois gregos ortodoxos celebraram o seu casamento em França onde só existe uma possibilidade de celebrar validamente um casamento – através do casamento civil. Temos que apreciar a validade de um casamento celebrado entre dois gregos ortodoxos celebrado em França. Segundo o direito grego era exigida a tal celebração por aquele ministro e a exigência tem natureza substancial - não sendo observada o casamento seria inexistente. A norma do art. 49º do nosso código chamaria o direito grego e o casamento seria inválido. Mas o casamento foi celebrado em França, segundo o direito francês – direito civil. O direito francês considera estar em causa uma questão de forma e então o casamento seria validamente formado – se estivesse em Portugal o direito francês seria chamado a resolver a questão por via do art. 50º e o casamento seria considerado válido. Então como é que se qualifica esta questão? Está em causa a substância ou a forma?
5. **Caso de incumprimento da promessa de casamento** - O direito alemão trata a matéria do incumprimento da promessa de casamento como uma questão de responsabilidade contratual – contrato especial, para-familiar. Também no nosso direito temos normas específicas sobre isto, inseridas no direito da família. Diferentemente, o direito francês só contempla uma eventual responsabilidade por rutura de esponsais nos termos gerais da responsabilidade civil. Dois alemães celebram uma promessa de casamento e um deles casa com um terceiro em França, quebrando essa promessa. Como é que vou tutelar os interesses do promitente que viu a sua promessa incumprida? Aplicamos o direito alemão, como lei pessoal dos promitentes e, portanto, temos um problema de responsabilidade contratual do âmbito do direito de família sendo atribuída a indemnização prevista pelo direito alemão? Por outro lado, a promessa foi incumprida em França. O direito francês só tutela o direito do promitente no âmbito da responsabilidade civil extracontratual. Posso aplicar o direito francês por via da norma de conflitos portuguesa que diz que a lei aplicável é lei do sítio onde ocorreu o facto danoso (art. 49º)? O incumprimento da promessa de casamento deve ser enquadrado no âmbito da responsabilidade contratual específica daquele regime de direito da família ou da responsabilidade extracontratual?

Vamos, então, analisar os três momentos referidos *supra* da operação de qualificação (interpretação de conceitos; caracterização do objeto concreto que estiver em causa; subsunção desse *quid* concretoa um conceito utilizado numa previsão normativa). Podem estes três momentos não ser levados a cabo na ordem apresentada acima, não são necessariamente sucessivos nessa ordem sequencial.

1. Comecemos pela **interpretação dos conceitos**:

Existem várias teses referentes à interpretação dos conceitos, sendo uma delas a tese de que se deve interpretar os conceitos *lege fori*, ou seja, os conceitos utilizados nas normas de conflitos interpretam-se da mesma forma que na OJ em que se inserem. Assim, no DIP devemos recorrer aos conceitos homólogos e definições legais dos conceitos que interpretamos que se encontrem no OJ interno (onde se situa a norma de conflitos).

No entanto, surge outra tese referente à interpretação de conceitos: ERNST RABEL considera que deve tal interpretação socorrer-se da comparação de direitos[[27]](#footnote-27). Nos seus estudos, RABEL usou o conceito de *tutela*,dizendo que o mesmo se deveria obter por abstração, considerando todas as OJ’s do mundo. Ora, todas estas OJ’s seguem o princípio de proteção de menores que não estão sujeitos ao poder paternal, sendo esse princípio que enformaria a definição de *tutela*. Esta tese de RABEL foi criticada: o que é obter um conceito por abstração de todas as OJ’s do mundo? Tal tarefa hermenêutica seria algo de impraticável. Como seria possível interpretar uma norma de conflitos portuguesa recorrendo a todas as OJ’s do mundo?

Prevalece, portanto, uma outra tese, que defende uma interpretação *lege fori* mas de **forma autónoma ou teleológica**, isto é, tendo em vista os fins do DIP e, por isso, abrindo os conceitos das normas de conflitos a outras juridicidades. Ou seja, as normas de conflitos do foro podem convocar normas de conflitos estrangeiras para a sua interpretação, estando aptas a receber conteúdos normativos não exatamente coincidentes com os utilizados na OJ do foro se isso ajudar a uma melhor eficácia da norma de conflitos e sua posterior harmonização com as várias OJ aplicáveis a um dado caso.

Deste modo, a essência da doutrina da comparação de direitos encontra-se, de certa forma presente. De facto, tem sempre de haver um certo raciocínio baseado na comparação de direitos para aplicar normas materiais estrangeiras na OJ do foro. Esta preocupação encontra-se presente no 15º, CC – *pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei*.

2. Passemos ao segundo momento – a **caracterização do objeto das normas de conflitos**.

Em primeiro lugar temos de nos questionar qual o objeto da norma de conflitos. MAGALHÃES COLLAÇO considera que tal objeto serão as situações da vida privada internacional. SAVIGNY considerava que o objeto da norma de conflitos eram as relações jurídicas entre indivíduos. Muitas outras teses se sucederam, com entendimentos muito díspares. Mas ao ler o 15º, o que é que nos parece o objeto de uma norma de conflitos? FERRER CORREIA diz que serão as normas materiais aplicáveis da OJ designada. Na prática, não há grande diferença entre este entendimento e o de MAGALHÃES COLLAÇO, pois as situações da vida privada internacional são sempre caracterizáveis juridicamente, estando sempre contidas nas normas materiais aplicáveis.

Depois desta definição do objeto das normas de conflitos temos de nos questionar: como se delimita o objeto das normas de conflito? A que normas jurídicas recorrer para delimitar as situações da vida/normas materiais suscetíveis de se reconduzir ao conceito técnico-jurídico localizado na norma de conflitos?

A tese tradicional é a de uma concretização *lege fori*. P.ex., suscitada uma questão perante um tribunal português relacionada com uma situação da vida privada internacional, o órgão aplicador do direito português imagina como é que a questão em causa seria equacionada perante o direito do foro (o português), se seria segundo o regime da sucessão por morte, se pelas regras reguladoras dos regimes de bens, etc.; e, com base nisso, individualiza a norma de conflitos pertinente da sua OJ para ser aplicada ao caso *sub judice*. Não se trata de aplicar logo a norma de conflitos concreta, mas de dizer que o problema que está em causa é aquele ao qual se refere determinada norma de conflitos do foro (p.ex. afasta-se o regime de bens, porque o que está em causa naquela situação face à OJ do foro é a sucessão por morte e isso traz uma norma de conflitos específica). Este será o *quid* concreto: o problema jurídico que emana na OJ do foro da norma de conflitos relevante.

Mas uma mesma situação pode reportar-se a questões jurídicas diferentes consoante a ordem jurídica em que seja ponderada. Assim, alguns autores defendem a caracterização do objeto das normas de conflito *lege causae*. Aquilo que dá consequência a uma paridade de tratamento entre as várias OJ na aplicação do DIP é este modelo de caracterização. Assim, ***as normas materiais chamadas pelas normas de conflitos devem ser caracterizadas/delimitadas perante a OJ em que se inserem***, mesmo que a norma de conflitos (a do OJ do foro) que as convoca seja de uma OJ diferente.

Portanto, a caracterização *lege fori* leva a que identifiquemos o *quid concreto* das normas de conflito com base no OJ do foro. Em contraposição, a caracterização *lege causae*, após identificar as várias OJ em contacto com uma situação, irá analisar e aferir que problemas jurídicos podem estar em causa em cada uma dessas OJ face a um dado caso concreto. Deve-se sondar por fracas tentativas os vários entendimentos de uma dada situação da vida privada internacional nos vários OJ pertinentes, nunca dizendo definitivamente qual o problema jurídico em causa (p.ex., se sucessões, se regime de bens), antes vendo quais as várias qualificações jurídicas concretas potencialmente aplicáveis ao caso *sub judice*. Só depois disto, se pode concluir qual o objeto da norma de conflitos do foro, quais as normas materiais aplicáveis.

Não há aqui nenhum obstáculo de ordem lógica. Podemos dizer que este é um raciocínio circular: ***tenho de ver a lei cuja aplicabilidade possa estar em causa, quais as suas normas materiais aplicáveis ao caso que tiver em mãos e, no fim, ver se essas normas materiais são chamadas pela minha norma de conflitos.*** Tenho de ver como é que as normas são caracterizadas na OJ a que pertencem para ver se são chamadas pela norma de conflitos portuguesa.

Em suma, as normas materiais das várias OJ em contacto com a causa são potencialmente aplicáveis (toda a situação da vida privada delimita as OJ potencialmente aplicáveis, ao estabelecer conexões apenas com algumas OJ), mas só virá a ser aplicável aquela OJ cujas normas materiais se caracterizem de tal modo que possam ser subsumidas ao conceito usado na norma de conflitos do foro (desde que esta atribua competência àquela OJ a que as normas pertencem, ou seja, nunca pode ter uma pretensão de aplicabilidade uma OJ que não tenha qualquer conexão à situação da vida privada em mãos). Podia o OJ do foro fazer qualificação *lege fori*, ou seja, olhar para o problema em análise como ele é encarado nesse OJ e aplicar a norma de conflitos que daí resulta. Mas não é isso que nos diz o 15º, CC.

Ora, como os três momentos do problema da qualificação não têm que aparecer necessariamente pela ordem exposta *supra*, a operação lógica que, habitualmente, será efetuada em primeiro lugar será precisamente a **caracterização**, ou seja uma pessoa apresenta-se perante um tribunal a deduzir um pedido em que indica quais são, no seu entender, as normas materiais aplicáveis – este é o percurso normal dos litígios. Perante isto, o juiz terá de verificar se aquelas normas invocadas são subsumíveis a alguma norma de conflitos da OJ portuguesa e, só depois de individualizar uma norma de conflitos, irá interpretar os conceitos relevantes.

A caracterização *lege causae* era, antes, defendida na nossa doutrina e encontra-se, agora, replicada no nosso CC, no artigo 15º. É relevante para esta caracterização o conteúdo das normas e a função que as mesmas desempenham no conjunto da OJ em que se inserem; já não será relevante (ou pelo menos, não será decisivo) o enquadramento sistemático de tais normas, nem a sua inclusão no direito substantivo ou processual da OJ em que se inserem.

3. Passemos ao terceiro momento – a **subsunção das normas materiais relevantes ao conceito utilizado na previsão de uma norma de conflitos**. Nesta fase, veremos se a norma material invocada é ou não suscetível de se reconduzir à norma de conflitos do foro aplicável ao caso. ***Esta fase é, naturalmente, controlada pela lei do foro***. É o direito do foro que vai dizer se é ou não possível aplicar aquelas normas.

Ex. dado por MAGALHÃES COLLAÇO referente à filiação legítima: segundo o direito islâmico, eram tidos como legítimos os filhos nascidos de uma mulher viúva dentro do prazo de 4 anos após a dissolução do casamento. Poderiam os filhos de uma mulher viúva invocar normas de um direito x? As normas materiais aplicáveis serias as da OJ x respeitantes à filiação legítima. Podem os filhos daquela senhora, perante um tribunal português, invocar os seus direitos de filiação legítima para lhe serem reconhecidos determinados direitos como filhos legítimos? No 56º, CC, na antiga redação, a legitimidade determinava-se pela lei nacional comum, pela lei da residência habitual, etc. As normas materiais aplicáveis, dentro da OJ a que pertencem, são normas relativas à filiação legítima, logo fazendo a caracterização *lege causae* das normas, dizemos que elas são relativas à filiação legítima, temos é de saber se se poderia reconduzir estas normas ao conceito de filiação legítima do art. 56º, CC. Este controlo pela lei do foro consiste: tem que haver correspondência entre tais normas e o conceito utilizado na OJ do foro. Ora, em Portugal, o conceito de filiação legítima não se prendia certamente com o conceito de filiação natural ou biológica, no fundo servia para preservar a noção de família e a MAGALHÃES COLLAÇO dizia que, por isso, não se poderiam reconduzir ao conceito de filiação legítima as normas invocadas.

***A OJ do foro tem, por isso, a palavra final quanto às normas a aplicar, na medida em que se determina que a competência atribuída à lei designada abrange apenas as normas materiais que integram o regime do instituto visado na regra de conflitos***.

Expostos que estão os vários momentos do problema da qualificação, cumpre realizar algumas precisões adicionais quanto ao artigo 15º, CC. Nele, o problema da qualificação é visto como um problema de qualificação de normas de materiais, enquanto objeto das normas de conflito. Do 15º, CC retiramos ainda que o problema da qualificação é um problema de determinação da competência atribuída a uma OJ por uma norma de conflitos, seja essa OJ a do foro ou estrangeira. Por exemplo, quando uma norma de conflitos remete para a lei pessoal a regulação de um problema de capacidade; apenas remete para que normas dessa OJ? Para as normas desse OJ relativas à capacidade. Não chama, p.ex., as normas deste ordenamento relativas a direito reais ou a direito da família. Apenas se atribui competência à lei pessoal para reger a capacidade das pessoas, nada mais.

Retiramos ainda deste artigo que deve haver uma ***caracterização lege causae***do objeto das normas de conflito. Devemos atender, para a caracterização das normas a chamar do OJ para o qual se remete, à lei desse OJ, do OJ designado (*nessa lei*), seja esse OJ o do foro ou o estrangeiro. Devemos atender às normas materiais que, no contexto da lei designada, possam ser reconduzidas ao instituto referido na regra de conflitos – p.ex., ***numa norma de conflitos sobre capacidade, serão aplicadas as normas materiais de capacidade vistas como tal pela OJ designada***.

**Nota**: *ver Casos 7, 10 e 2 (por esta ordem) dos enviados pela professora, para compreender o funcionamento do 15º, CC.*

Só é preciso invocar o 15º, CC se estivermos a aplicar normas de conflito de fonte interna. Existe regulamentação específica para a qualificação noutras fontes que não o OJ interno.

Como é que os regulamentos europeus procedem quanto à qualificação? Recordemos RABEL que diz que os conceitos devem ser interpretados por abstração com base numa análise comparatista dos vários direitos do mundo. Olhemos o 18º, da Convenção de Roma que trata da interpretação e aplicação das regas uniformes presentes em tal diploma. MARIA HELENA BRITO acha que este artigo exige uma comparação de direitos (*carácter internacional e conveniência de serem interpretadas e aplicadas de forma uniforme*), no sentido de extrair um sentido autónomo dos vários conceitos do diploma. No entanto, o TJUE tem a palavra final quanto à interpretação dos conceitos.

Porém, nos regulamentos europeus, não há nenhuma norma como o 15º, CC. Ainda que, como MARIA HELENA BRITO diz, devam os seus princípios estar sempre presentes no nosso raciocínio jurídico, a opção do legislador europeu foi diferente: criou normas que indicam o âmbito da lei aplicável. Ora o problema da qualificação é um problema de delimitação de competência atribuída a uma lei designada, ou seja, de definição do seu âmbito; e tais normas dos regulamentos resolvem essa questão sem necessitar de um método casuístico de qualificação semelhante ao 15º, CC. No Regulamento Roma I, temos o artigo 12º; na Convenção de Roma, temos o artigo 10º; no Regulamento da lei aplicável em matéria de sucessões, temos o artigo 23º. Nos outros regulamentos, há normas semelhantes que dizem qual o âmbito (ou alcance ou outra expressão equivalente) da regulação do regulamento – dizem-nos quais as matérias que podem ser chamadas pelas normas de conflito do regulamento respetivo.

Podem surgir, também em matéria de qualificação, conflitos quanto às normas materiais aplicáveis. A concretização *lege causae* pode ditar que sejam efetivamente aplicáveis a um dado caso normas materiais de várias OJ’s designadas pela norma de conflitos do foro (**conflitos positivos**, como no Caso 3); ou que nenhuma das ordens jurídicas potencialmente aplicáveis ofereça normas materiais efetivamente aplicáveis ao caso em mãos (**conflito negativo**).

Pode ainda suceder, em face do sistema de normas de conflitos, que duas ou mais normas de conflitos reclamem simultaneamente a sua aplicação a um caso, pelo preenchimento de ambos os seus tipos, sendo as normas de conflito, por isso, chamadas à resolução do caso pela lei do foro.

Quais os critérios para resolver conflitos positivos em matéria de qualificação? A doutrina portuguesa defende que se devem hierarquizar, em função de vários critérios possíveis, as várias normas de conflitos/materiais aplicáveis – (i) ***normas referentes à substância prevalecem sobre a forma***; (ii) **normas de conflitos mais especiais prevalecem sobre normas gerais**; (iii) normas do regime de bens do casamento ou normas relativas a direitos reais prevalecem sobre normas relativas a sucessões. ***Estes critérios devem ceder sempre que avultem princípios estruturantes do nosso OJ***, conforme o caso, como a reserva de ordem pública ou, eventualmente, o *favor negotii* (se calhar não em casamentos, mas em contratos *strictu sensu* já seria de conceber), ***se esses princípios definirem a inaplicabilidade de uma das normas em conflito***.

Como resolver conflitos negativos em matéria de qualificação? Este não é um problema de lacuna de regulamentação. É um problema de desencontro entre as normas materiais potencialmente aplicáveis e a norma de conflitos do foro. A resolução destes conflitos é muito difícil, passam pela adaptação das normas de conflitos relevantes, num processo muito casuístico.

**Nota**: *Ver Casos 3, 6 e 12 dos enviados pela professora referentes a matéria de qualificação*.

**11. Reserva de ordem pública do Estado do foro**

Esta matéria já foi tratada por referência aos limites da justiça eminentemente formal prosseguida pelo DIP. Um desses limites é, precisamente a reserva de ordem pública internacional do Estado do foro, que só atua perante resultados concretos da aplicação do DIP que são incompatíveis com princípios fundamentais e estruturantes da ordem pública.

Esta figura foi desenvolvida no séc. XIX por SAVIGNY e MANCINI, com entendimentos diferentes. SAVIGNY punha no centro da sua concetualização a necessidade da existência de uma comunidade de direito, comum aos vários povos – a lei estrangeira chamada por uma norma de conflitos não seria, *a posteriori*, aplicada se fosse desconforme aos valores da tal comunidade de direitos. Já MANCINI concebia a ordem pública como legitimadora da competência de certas leis indicadas pelas normas de conflitos, atuando *a priori* por via do estabelecimento da competência de outras normas de conflitos com outros elementos de conexão que não o clássico na altura, o elemento *nacionalidade*.

Vigora na atualidade a conceção de SAVIGNY. Aplicando no caso concreto o direito estrangeiro chamado pela norma de conflitos do foro, vemos que este ofende princípios da ordem pública internacional do Estado do foro, aí entrando em ação esta reserva, pretendendo evitar perturbações dos valores fundamentais do OJ do foro. ***Não está em causa um juízo de valor sobre as normas (e seus princípios) designadas pela norma de conflitos – apenas uma sua desaplicação no caso concreto*** – é o resultado concreto da sua aplicação que é desconforme aos princípios do OJ do foro. Esta é a conceção subjacente ao 22º, CC.

O 22º, CC tem uma cláusula operativa geral, o conceito indeterminado de *ordem pública internacional*, conceito este que é impossível de definir. Têm sido sugeridos alguns critérios para densificar este conceito, embora nunca de forma exaustiva:

- Um deles consiste na ideia de que a ordem pública se refere a interesses superiores do Estado do foro – isto não ajuda a concretizar muito este conceito, pelo que este critério será insuficiente;

- Temos também o critério do grau de divergência entre a lei estrangeira e a lei do foro, só existindo violação da ordem pública se essa divergência fosse essencial – algo também muito vago, impreciso, que não ajuda a concretizar este conceito;

- Também foi sugerido um critério que diz que só a violação de normas rigorosamente imperativas poderia fazer atuar a reserva da ordem púbica. Este critério apresenta igualmente um problema: o da existência de normas imperativas cuja violação não convoca esta reserva.

Assim, todos estes critérios se revelam insuficientes e problemáticos para a definição do conceito de *ordem público internacional*, pelo que só podem servir como guias interpretativos do mesmo e para a sua taxativa definição – algo já dito por um acórdão do STJ.

Então quando é que se tem de aplicar a reserva da ordem pública internacional? ***A doutrina tem dito que ela só deve atuar se a aplicação da lei estrangeira produzir um resultado intolerável, do ponto de vista ético-jurídico, no Estrado do foro***. Esse resultado tem de se revelar algo de inconciliável com as conceções jurídicas que alicerçam o sistema do foro.

É, no entanto, importante perceber que, mesmo que a reserva da ordem pública seja uma válvula da segurança do sistema face a tais resultados intoleráveis, ela deve ser usada com cuidado. Devemos, portanto, evitar usá-la sempre que existam diferenças entre a ordem estrangeira e a ordem do foro; mas apenas o fazendo nos casos-limite mencionados no parágrafo anterior (assim se divisa uma **excecionalidade** desta reserva). Isto deve ser ponderado no caso concreto: pode num caso não ser legítimo fazer atuar a reserva; mas, no mesmo caso e um tempo mais tarde, ser imperioso fazê-la atuar – **relatividade no tempo da reserva da ordem pública internacional**. Podemos encontrar, igualmente, uma **relatividade espacial** na atuação desta reserva – aquilo que a faz atuar no Estado português não será o mesmo que noutros estados.

Nesta senda da excecionalidade da atuação da reserva de ordem pública, podemos encontrar úteis orientações na jurisprudência do TJUE, que já considerou não ser qualquer incompatibilidade do resultado da aplicação da lei estrangeira com o Estado do foro que deve ser relevante nesta matéria, mas apenas incompatibilidades manifestas.

Temos, também, de admitir uma diversa intensidade da atuação desta reserva, conforme os efeitos que pretendamos dela extrair:

Ex.1: está em causa a constituição de uma relação jurídica, p.ex. de casamento, e o conservador verifica que um dos sujeitos já está casado com outras pessoas, mas, aplicando-se a sua lei nacional (de um Estado islâmico), permite-se o casamento em casos de poligamia. Portanto, à partida o casamento seria válido pelo funcionamento normal do DIP, mas em Portugal este resultado não é admitido e, ademais, é intolerável porque contrário à ordem pública. **Fazemos, neste caso, atuar a reserva de forma forte, inviabilizando a celebração do casamento**.

Ex.2: Mas se a lei aplicável ao casamento, referida no Ex.1, cuja aplicação foi recusada, reconhece direito a alimentos a um dos cônjuges, olhando a ordem pública e o sofrimento desse cônjuge, pode o juiz português fazer atuar a reserva e reconhecer a produção de efeitos da relação matrimonial não reconhecida em Portugal no que se reporta ao direito de alimentos – teremos aqui **um efeito atenuado da reserva da ordem pública**.

O que está em causa com a atuação da reserva de ordem pública na conceção de SAVIGNY e do 22º, CC é uma atuação negativa – levar a que não se apliquem certas normas estrangeiras, verificados os pressupostos da invocação da reserva. Que consequências terá, então, a atuação desta reserva? O afastamento dos preceitos da lei estrangeira à partida competente. Esta é, por isso, uma atuação aposteriorística.

Importa, ainda, clarificar o sentido do 22º/2, CC, que se aplica apenas quando da não aplicação da norma estrangeira surgir uma lacuna de regulamentação. Portanto não se aplica sempre. Segue-se neste artigo o **princípio do mínimo dano à lei estrangeira**. **Nota**: *ver Caso Prático 2, último parágrafo e nota de rodapé 1*.

Outras normas onde podemos discernir a atuação da ordem pública internacional do Estado do Foro encontram-se nos vários Regulamentos europeus, quer de determinação de lei aplicável, quer de reconhecimento de decisões judicias estrangeiras, como sejam o 16º, Convenção de Roma; 21º, Regulamento Roma I; 26º, Regulamento Roma II; 12º e 13º, Regulamento em matéria de divórcio; ou 35º, Regulamento em matéria sucessória.

A conceção de MANCINI não se encontra, porém, totalmente abandonada. Há normas contidas em algumas OJ, em convenções e regulamentos que são rigorosamente imperativas e que se impõem em relação a normas internacionais: são as normas de aplicação imediata, com imperatividade tal que se impõem mesmo em situações internacionais. Podemos nestas normas ver uma reminiscência da conceção de MANCINI, discernindo um modo de funcionamento diferente da reserva de ordem pública que fundamenta e legitima as normas de aplicação imediata: os valores tutelados por estas normas são estruturantes da OJ onde estas se inserem; e atuam independentemente de eventuais normas de conflitos que apontem para resultados diferentes, pois estas normas são, também elas, um limite ao cariz formal das normas de conflito. Por exemplo, devemos olhar o 9º, Regulamento Roma I.

**12. A Parte Especial do Direito de Conflitos**

**12.1. Introdução - fontes internacionais, fontes europeias e fontes internas**

A Parte Especial do Direito de Conflitos ocupa-se do estudo das soluções concretas para a determinação do Direito aplicável às situações da vida privada internacional.

Como já estudámos, as regras de conflito do Direito Internacional Privado são tradicionalmente normas bilaterais que conectam uma situação da vida ou um seu segmento com uma ordem jurídica estadual mediante a concretização de um elemento de conexão. É importante não esquecer que este bilateralismo dominante coexiste com elementos unilateralistas e com a incidência das normas de conexão *ad hoc* contidas, designadamente nas Convenções Internacionais de Direito material unificado.

O sistema de fontes, tal como estudado anteriormente, permitirá averiguar de onde são provenientes as normas que se pretendem regular, ou seja, se de **fonte interna, europeia ou internacional**.

Não obstante o nosso estudo ter recaído sobretudo sobre as normas do CC, existem normas de conflitos de fonte europeia e internacional que prevalecem sobre aquelas. Não deixam, porém, algumas matérias (como a capacidade das pessoas ou a validade substancial do casamento) de ser exclusivamente regulada pelas normas de conflito de fonte interna (CC).

Os regulamentos europeus (e as normas de conflitos neles contidas) aplicam-se de forma imediata, ou seja, sem necessidade de transposição na ordem interna dos vários Estados a ele vinculados. Quanto às convenções internacionais, existem conceções diferentes face à sua aplicabilidade. Em alguns países, como p.ex. a Itália, considera-se que é necessário transpor as normas de conflito dessas fontes internacionais em atos de direito interno. Noutros países como em Portugal, as convenções internacionais vigoram diretamente no OJ como direito internacional, sendo aplicadas diretamente, sem necessidade de transposição (8º, CRP).

Não podemos esquecer que em relações internacionais temos de conviver com esta pluralidade de fontes do DIP. Quer a convenção de Roma quer os regulamentos têm sempre uma norma nas disposições finais que determina o momento da sua entrada em vigor e da sua aplicabilidade, algo que deve estar sempre presente no contacto com estas fontes e na sua compatibilização com as normas de fonte interna.

Nesta convivência com várias fontes de normas de conflitos, vimos a propósito dos contratos (Regulamento Roma I), que aos contratos celebrados até 1 de setembro de 1994 (data da entrada em vigor da Convenção de Roma em Portugal) aplicam-se as normas de conflitos do CC português. Os contratos celebrados até esta data são regidos pelas normas do CC (41º, 42º e normas sobre a forma e formação). Entre 1 de setembro de 1994 e 16 de dezembro de 2009 aplicam-se as normas de conflitos da Convenção de Roma. Depois de 17 de dezembro de 2009 aplicam-se as normas de conflitos do Regulamento Roma I.

É igualmente necessário ter em conta as disposições gerais, que se aplicam em conjunto com as normas de conflito de *per se*. Por exemplo, são disposições gerais a aplicar conjuntamente com as normas de conflito do CC (25º e ss.), os artigos 14º a 24º, CC. Também nos diplomas de fonte europeia e interna se encontram normas gerais, referentes à determinação do alcance da referência operada ou à atuação da reserva de ordem pública, ou à remissão para OJ complexos ou sobre o problema do reenvio.

Caso específico será o da qualificação. Os regulamentos europeus definem o âmbito das questões abrangidas pelas suas normas de conflitos, pelo que se tornaria, à partida, desnecessário e inaplicável o 15º, CC. Mas a doutrina considera que este artigo é de alcance geral. Sem prejuízo da aplicação das normas que definem o âmbito dos regulamentos, o 15º, CC deve sempre ser tido em conta na análise da qualificação, pois os seus ensinamentos e princípios ínsitos são de grande utilidade a esta análise. P.ex. se estou a aplicar uma norma de conflitos regulamentar relativa ao divórcio (Regulamento Roma III), o 15º, CC diz-me que não posso usar tal norma para designar normas materiais sobre a capacidade para celebrar uma convenção antenupcial.

O sistema contido nos artigos 25º a 65º, CC são as verdadeiras normas de conflito do Direito Português, sendo que, do ponto de vista sistemático, reconhecemos a mesma sistemática entre estas normas e a própria sistemática dos Livros do CC. Este paralelismo demonstra alguma unidade da ordem jurídica, sendo relevante, como se viu, para a qualificação, designadamente para a primeira fase da mesma (interpretação dos conceitos). Assim sendo, e tendo em consideração as ressalvas feitas anteriormente, os conceitos que se encontram nas normas de conflito devem ser interpretados de acordo com aquilo que lhes corresponde no restante Código Civil (interpretação *lege fori* que recorrer aos conceitos homólogos do direito do foro).

Apesar deste tendencial paralelismo, não há uma correspondência absoluta.

Na subsecção II, não encontramos todos os aspetos respetivos ao negócio jurídico, porque falta a indicação da lei reguladora do conteúdo e efeitos do negócio jurídico. Esta subsecção não nos dá essa norma de conflitos. Então onde é que a podemos encontrar? Vamos encontrar essa lei nas subsecções seguintes consoante o negócio jurídico em causa. Admitindo que estou, a propósito de um contrato, a aplicar o CC português tenho normas sobre a perfeição da declaração negocial nos 35º e 36º (subsecção II), que remetem para a lei da substância do negócio (41º ou 42º, CC, subsecção III). Se estiver a lidar com uma convenção antenupcial, para saber qual a lei reguladora da substância de tal negócio, vou ter em conta o 53º, CC (subsecção V). Se for um contrato de penhor ou hipoteca terei de ao 46º, CC (subsecção IV).

**12.2. Pessoas**

**12.2.1. Pessoas Singulares**

Perante o Direito de Conflitos português, é a lei pessoal que rege o conjunto de matérias definido no 25º CC, com os aditamentos e desvios introduzidos pelos preceitos seguintes. Este conjunto de matérias é frequentemente designado como “*matérias do estatuto pessoal*”, *vide* 18º/2, CC. O estatuto pessoal não é, porém, um âmbito de matérias, mas o conjunto de proposições jurídico-materiais que são chamadas, pelas normas de conflitos relevantes, a título de lei pessoal.

A subsecção I do CC determina o âmbito de aplicação da lei pessoal (conjunto das matérias do 25º - 27º, CC) e define o que se deve entender por *lei pessoal* (31º/1, CC ou 32º/1, CC no caso dos apátridas). A lei pessoal caracteriza-se e define-se, portanto, no nosso direito em função do conjunto de matérias às quais se aplica e não em função de uma determinada conexão (tanto pode ser a nacionalidade – 31º - como outro elemento de conexão – 32º[[28]](#footnote-28); pode ainda a lei da nacionalidade ser chamada a outro título que não o de lei pessoal, como no 45º/3, CC). É possível, ainda, utilizar a noção de lei pessoal a propósito de pessoas coletivas (3º, Código das Sociedades Comerciais e 33º e 34º, CC).

***As matérias do estatuto pessoal consistem em estados, qualidades ou situações que, por afetarem a pessoa na totalidade da sua esfera jurídica, ou um setor importante dela, o legislador de conflitos entendeu submeter a uma legislação definida em função dos sujeitos de tais estados, qualidades ou situações***. Esta noção de lei pessoal tem adjacente a si dois princípios estruturais de todo o Direito Internacional Privado: o da conexão mais estreita e o da personalidade dos indivíduos. Da conjugação destas duas ideias resulta que a ***lei pessoal tem de ser individualizada por um elemento de conexão que exprima uma ligação íntima e estável com a pessoa ou pessoas em causa***. Deste modo os elementos de conexão que podem ser relevantes em matéria de estatuto pessoal são a nacionalidade, a residência habitual e o domicílio.

Para melhor interpretar os conceitos contidos no 25º, CC cumpre definir:

*Estado dos indivíduos* – será toda a qualidade ou situação jurídica que afete a esfera da pessoa e implique a atribuição de um conjunto de direitos e deveres (ex. estado solteiro, estado casado, estado menor, estado maior, estado emancipado, estado divorciado).

*Capacidade das pessoas* – temos algumas normas especiais (49º, CC, para a família; 63º, CC para as disposições por morte), pelo que o 25º, CC se refere à capacidade genérica de gozo e de exercício. A capacidade não engloba o consentimento conjugal; este é um problema de legitimidade, ao qual se aplica o 52º, CC.

As principais razões para a preferência pela lei da nacionalidade são a maior estabilidade de tal elemento de conexão, bem como a maior certeza e facilidade na concretização do mesmo, o interesse político dos Estados de emigração e o princípio democrático. É evidente que a residência habitual muda com maior frequência, e é mais fácil de mudar, que a nacionalidade. Esta assegura, assim, uma maior continuidade das qualidades e situações jurídicas do estatuto pessoal e torna muito mais difícil a fraude à lei. Esta vantagem ligada à segurança jurídica e à facilidade da administração da justiça não é, porém, decisiva, porque os valores formais não justificam o sacrifício de outras finalidades do Direito de Conflitos. A nacionalidade pode não representar uma ligação efetiva com a pessoa em causa, e é precisamente isto que sucede em muitos casos de emigração – por vezes, os emigrantes desejam integrar-se tão rápido quanto possível na sociedade em que vivem que deixam de ter qualquer laço significativo com o Estado da nacionalidade. Nestes casos, a competência da lei da nacionalidade é contrária à ideia de conexão mais estreita e aos interesses das pessoas em causa.

A lei da residência habitual apresenta algumas vantagens face à nacionalidade. A competência internacional dos tribunais é frequentemente estabelecida com base no domicílio, razão por que, a admitir-se que o domicílio equivalha à residência habitual, a atribuição de competência à lei da residência habitual favorecerá a coincidência entre a competência legislativa e a competência jurisdicional. Por outras palavras, ***a competência da lei da residência habitual contribuirá para que os tribunais apliquem o Direito material do foro***. A somar a isto, o acesso a meios de informação e assistência jurídica é mais fácil no Estado da residência habitual que no Estado da nacionalidade. Contudo, estas vantagens não são significativas para que se opte exclusivamente pela lei da residência habitual, especialmente tendo em consideração os limites temporais que este elemento de conexão pode conhecer, pelo que se deve fazer uma articulação entre os dois elementos referidos (nacionalidade e residência habitual).

O ordenamento jurídico português seguiu, até certo ponto, este caminho da articulação. O 25º, CC não contém uma norma de conflitos completa. Para determinar a lei pessoal é necessário conjugar esta proposição com outras disposições, designadamente as dos 31º/1 e 32º, CC, sendo nestas disposições que se encontra o elemento de conexão relevante. O 31º/1, CC consagra o princípio da nacionalidade, ou seja, a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo, contudo este princípio é limitado pela relevância concedida à lei da residência habitual quanto aos negócios jurídicos celebrados, em conformidade com tal lei, no país da residência habitual (31º/2, CC).

O princípio da nacionalidade é inaplicável aos apátridas, sendo que, perante a falta de conteúdo concreto do elemento de conexão *nacionalidade*, o 32º, CC estabelece que a lei pessoal do apátrida é a do lugar onde ele tiver a sua residência habitual e, na falta desta, a do lugar da sua residência ocasional.

Falemos ainda da questão de mudança de *nacionalidade*, ou seja uma mudança do conteúdo concreto do elemento de conexão. Se tal mudança de lei pessoal ditar que a pessoa perdeu a sua maioridade, *quid iuris*? Há que atentar no 29º, CC, que defende a manutenção da maioridade, independentemente da mudança da lei pessoal.

Cumpre agora sondar os **limites à aplicação da lei pessoal**:

**(i)** Temos o 28º/1 a 3, CC, ligado ao princípio do *favor negotii*, que acaba por ver grande da sua aplicabilidade concreta afastada pelo 13º, Regulamento Roma I, que, apesar de não regular as matérias de capacidade, tem a ressalva da proteção da contraparte de boa fé, não podendo a outra contraparte invocar a incapacidade: a consequência dessa norma é estritamente a inviabilização da possibilidade de invocar a incapacidade, e nunca uma conferência de capacidade ao contraente incapaz;

**(ii)** O **31º/2, CC** contém, como já vimos, um desvio ao princípio da nacionalidade em matéria de estatuto pessoal para reconhecer a validade de negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual, em conformidade com a lei deste país, quando esta se considerar competente. São **quatro os pressupostos de aplicação desta norma**: (i) negócio jurídico inválido segundo a lei pessoal; (ii) negócio jurídico celebrado no país da residência habitual do declarante; (iii) negócio jurídico seja válido perante a lei da residência habitual; (iv) a lei da residência habitual se considere competente para regular tal negócio, sendo indiferente o elemento de conexão pelo qual se considere. A remissão que esta norma contém é condicionada a estes pressupostos.

Este artigo tem sido amplamente debatido pela doutrina, sendo que FERRER CORREIA e BATISTA MACHADO defendem uma interpretação extensiva deste preceito, permitindo salvar a validade do ato em três hipóteses não contidas na letra do artigo: (i) quando o negócio se celebrou num Estado terceiro mas, segundo a lei da residência habitual, é reconhecida pela OJ do Estado da residência habitual, tendo-se tornado efetiva neste; (ii) quando o negócio se tenha constituído segundo a lei de Estado terceiro, caso o DIP do Estado da residência habitual também aplique esta lei; (iii) quando a situação jurídica tenha sido constituída por decisão judicial proferida em Estado terceiro e reconhecida no Estado da residência habitual.

Este entendimento do 31º/2, CC entra, porém, em contradição com o 17º/1 e 2, CC. Com efeito, aplicar a lei de um Estado terceiro, para que remete a lei da residência habitual, quando esta não se considere competente, é contrário à valoração feita pelo legislador em sede de devolução: o legislador só admite a transmissão de competência quando a lei aplicável segundo o DIP da lei referida pela norma de conflitos portuguesa se considere competente. A *ratio* do 31º/2, CC reside somente na preocupação de acautelar a continuidade das situações constituídas no país da residência habitual com base nas suas leis; e não em relação a mais qualquer situação. É uma manifestação do princípio do *favor negotii* estreitamente ligada à proteção da confiança depositada pelos interessados na lei da residência habitual quanto aos atos aí praticados.

Por isso, no entender de LIMA PINHEIRO, a aplicação do disposto no 31º/2, CC admite-se em duas situações: (i) quando a situação se constitui no país da residência habitual segundo outro Direito, que se considera competente e que é o aplicável segundo o Direito de Conflitos da residência habitual. Neste caso exige-se que o Direito segundo a qual se constitui a situação seja aplicável segundo o Direito de Conflitos da residência habitual e se considere competente, conformando-se a solução com a valoração feita pelo legislador em sede de devolução; (ii) quando a situação se constituiu em Estado terceiro e seja considerada válida tanto à face do Direito Internacional Privado da residência habitual como perante o Direito Internacional Privado do lugar da celebração. Nesta hipótese exige-se que perante o Direito Internacional Privado, quer da residência habitual, quer do lugar da celebração a situação seja considerada válida.

Com efeito, à luz da *ratio* do art. 31º/2, a sua aplicação analógica só se justifica quando, simultaneamente, a situação seja válida perante a ordem jurídica da residência habitual e, na sua constituição, os interessados tenham depositado confiança no Direito local. Neste sentido, basta uma coincidência quanto ao resultado, por exemplo, será de aplicar analogicamente o art. 31º/2 quando dois portugueses residentes habitualmente no Brasil contraem casamento num Estado dos EUA e o casamento seja inválido à luz do Direito Português, mas válido segundo os Direitos brasileiro e americano. Isto apesar do Direito de Conflitos brasileiro considerar competente a lei da residência habitual e o Direito de Conflitos do Estado americano mandar aplicar a lei do lugar da celebração;

**(iii)** Outra norma limitadora do estatuto pessoal é a que resulta do 47º, CC, que determina que a capacidade para constituir direitos reais sobre coisas imóveis ou para dispor deles é regulada pela lei da situação da coisa, mas apenas se esta se considerar competente (caso contrário aplica-se o 31º/1, CC). Isto acontece dada a situação privilegiada em que a referida lei se encontra para regular esta situação, sendo que, a somar a isto, por regra, os Estados têm as suas próprias regras internas quanto ao Registo de bens imóveis, algo essencial para a publicidade destes direitos reais. A *ratio* desta norma pretende atender não ao *favor negotii*, mas sim designar como competente a lei mais próxima da situação, sendo indiferente o título a que a lei do lugar da coisa se declare competente, pois o que importa é que esta lei se considere competente.

**12.2.2. Pessoas Coletivas**

O Direito Internacional Privado Português configura um estatuto pessoal da pessoa coletiva, à semelhança do estatuto pessoal dos indivíduos. O 33º/2 e 38º, CC contêm uma enumeração não taxativa das matérias que integram este estatuto pessoal.

No entender da doutrina e jurisprudência portuguesas o 33º, CC não compreende as Sociedades Comerciais, sendo que o enquadramento destas deve ser feito pelo 3º, Código das Sociedades Comerciais. O 33º, CC também não compreende as Pessoas Coletivas de Direito Público (autarquias locais, etc.), sendo que estas se devem reger à luz da lei pela qual se constituírem.

Segundo o 33º, CC, a lei pessoal das Pessoas Coletivas será a lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efetiva da administração, pois considera-se que esta será a lei que se encontra mais próxima da Pessoa Coletiva e que melhor a irá regular. O 33º/2, CC oferece um elenco de várias matérias que cabe à lei pessoal determinar. O 33º/3, CC versa sobre a transferência de sede da Pessoa Coletiva; determinando que, desde que as duas ordens jurídicas (a da antiga sede e a da nova) estejam de acordo, a transferência de sede não leva à extinção da personalidade jurídica, sendo que basta que uma das leis determine a extinção para que a mesma tenha lugar. O mesmo sucede com a fusão de Pessoas Coletivas com lei pessoal diferente, ou seja, tem de se ver o que determinam os dois ordenamentos jurídicos em causa (33º/4, CC).

Também em relação às Pessoas Coletivas Internacionais se fala de lei pessoal, sendo a mesma aquela que for designada na Convenção que as criou e que, por isso, resulte dos respetivos estatutos. Caso esta designação não exista aplica-se a lei do país onde estiver a sua sede principal e efetiva, sendo que aqui o elemento de conexão *nacionalidade* não tem relevância, uma vez que a criação da Pessoa Coletiva emana de uma fonte internacional (ex: ONU, FMI, etc). O 34º, CC regula esta matéria.

**12.3. Obrigações contratuais**

Este domínio é regido pelo princípio da autonomia privada, atribuindo-se às partes do contrato a faculdade de escolha da lei que querem ver como aplicável ao negócio jurídico[[29]](#footnote-29) - 41º/1, CC ou 3º/1, Regulamento Roma I ou 3º/1, Convenção de Roma.

Mas a escolha das partes tem limitações – 41º/2, CC, que consagra limites a esta escolha da lei aplicável:

- *só pode recair sobre a lei que esteja em conexão com algum dos elementos do NJ atendíveis no domínio do DIP* - quando um negócio está em contacto com as OJ A, B e C, só as leis dessas OJ podem possivelmente ser aplicáveis ao contrato – 41º/2, *in fine*.

- De resto, e na esteira do 41º/2, 1ª parte, pode a escolha das partes recair numa lei que não seja a dos OJ’s em contacto com o NJ, desde que a aplicabilidade de tal lei corresponda a um interesse sério das partes e for especialmente indicada para reger aquele NJ.

A escolha das partes pode ser expressa (*tiverem designado*); ou tácita (*houverem tido em vista*). Caso a escolha das partes não seja feita ou não seja válida, devemos aplicar o 42º, CC que nos oferece elementos de conexão subsidiários.

O 41º, CC é aplicável aos contratos celebrados até 31 de agosto de 1994, porque no dia 1 de setembro de 1994 passou a ser aplicada a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. A partir de 17 de dezembro de 2009 aplica-se o Regulamento Roma I. A Convenção de Roma é, assim, aplicada aos contratos celebrados entre 1 setembro de 1994 e 16 de dezembro de 2009.

A consagração do princípio do 41º/1, CC também corresponde a interesses de certeza jurídica e de facilidade na identificação da disciplina aplicável ao caso concreto.

Olhemos agora a **Convenção de Roma** e o **Regulamento Roma I:**

- O 1º de cada diploma fala em obrigações contratuais, importando ainda atender ao 1º/1, 2º parágrafo e 2 de cada fonte, que afastam do seu escopo uma série de matérias como as obrigações fiscais e aduaneiras, ou a capacidade das pessoas singulares[[30]](#footnote-30). Importa ainda ter em conta que a lei indicada pelas normas europeias só abrange efeitos contratuais de natureza obrigacional, e não efeitos reais. Ex.: designando-se a lei portuguesa como aplicável a um contrato de compra e venda, só as als. a) e c) do 879º, CC seriam aplicáveis; pois a al. b) se refere a um efeito real do contrato de compra e venda – promover-se-ia aqui o *dépeçage*, pois o diploma regulador dos efeitos reais não seria o Regulamento Roma I e poderia tal diploma remeter para uma lei diferente daquela para a qual o Regulamento Roma I remete.

Tanto a Convenção como o Regulamento têm um cariz universal, ao poderem desencadear a aplicação de uma lei que não seja de um Estado-Membro. Assim, as partes podem escolher a aplicação de uma lei como a brasileira, ou a suíça. Outra consequência do cariz universal destes diplomas, é que as suas normas se aplicam mesmo que o elemento de conexão que remeta para um OJ designado seja um elemento de um OJ exterior à UE.

O princípio da autonomia privada está plasmado nos artigos 3º de ambos os diplomas, sendo concebido de forma muito ampla. Permite-se a escolha da lei de qualquer país, de forma expressa ou tácita, desde que tal escolha seja efetiva/real (excluída está, portanto, a extração de uma escolha meramente hipotética; não é legítimo ao operador jurídico escolher por hipótese uma outra lei como aplicável, se não encontra indicações sobre a lei que os contraentes queriam aplicar – do género, “claramente que queriam esta”).

Sempre se entendeu que não é admissível a *dépeçage* subjetiva, ou seja, uma prática em que cada parte escolheria uma diferente lei aplicável ao cumprimento da sua obrigação respetiva. A letra da lei (dos artigos 3º) parece admitir isto quando se refere a *parte do contrato*. Para obstar à literalidade do preceito (algo consensual na doutrina e jurisprudência), MARIA HELENA BRITO refuta esta possibilidade, pois, na sua opinião, ela quebraria o sinalagma dos contratos, bem como a sua coerência interna; este seu entendimento é igualmente extensível a casos de contratos mistos ou de união de contratos.

Vejamos outras soluções destes diplomas:

- 3º/2, Regulamento Roma I – a modificação posterior da lei aplicável não prejudica a validade do contrato nem os direitos de terceiros. É possível efetuar tal modificação quer antes da celebração do contrato, quer depois;

- 3º/3, Regulamento Roma I – quando todos os elementos relevantes da situação que o contrato irá regular só se encontram em contacto com uma lei; é possível escolher uma lei competente diferente, mas não se podem afastar normas injuntivas/imperativas da lei que se afasta. Esta norma previne a fraude à lei;

- 3º/4, Regulamento Roma I – o contrato está ligado a EM’s, mas escolhe-se a lei de um estado terceiro; nunca pode tal escolha afastar as disposições de direito comunitário que sejam imperativas;

Na falta de escolha das partes, o 4º, Regulamento Roma I determina como será determinada a lei aplicável[[31]](#footnote-31). Devemos ainda atentar em regimes limitativos da escolha das partes segundo o 3º, por ordem a proteger o contraente débil em certos tipos contratuais (5º, 6º, 7º e 8º, Regulamento Roma I.

O 12º, Regulamento Roma I indica, ainda que de forma não taxativa (*nomeadamente*) qual o âmbito de regulação da lei designada como aplicável. Quanto à formação e validade substancial do contrato, ver o 10º, Regulamento Roma I. O 11º, Regulamento Roma I estabelece ainda algumas precisões quanto à validade formal dos contratos – o 11º/1 remete para a lei reguladora da substância do negócio (conexão dependente) ou para a lei do país em que é o negócio foi celebrado (conexão alternativa).

O Regulamento Roma I utiliza, por vezes, **normas de aplicação imediata**, que comportam uma imperatividade especial: a sua aplicabilidade impõe-se em situações internacionais mesmo que à situação seja tipicamente aplicável outra lei a partir das normas de conflito (9º/2, Regulamento Roma I). Olhando o 9º/1, e segundo as palavras de MARQUES DOS SANTOS, estamos a falar de normas materiais que autolimitam o seu âmbito espacial de aplicação, e que são dotadas de especial intensidade valorativa, por isso reclamando a sua aplicação em situações internacionais mesmo que estas sejam regidas por outra lei. Que exemplos existem na lei portuguesa de normas de aplicação imediata? As normas que tutelam a livre concorrência, quer sejam nacionais ou europeias.

**12.4. Obrigações extracontratuais**

Os 43º, 44º e 45º, CC regulam a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa, e a responsabilidade civil extracontratual, a última sendo naturalmente a mais importante: a sua norma (45º, CC) determina que a responsabilidade civil extracontratual fundada em ato ilícito, risco ou outra conduta lícita é regulada pela lei do estado onde decorreu a principal atividade causadora do prejuízo – 45º/1, CC. **Nota**: *ver o 45º/2, CC*.

Em desvio às regras dos números anteriores, o 45º/3 diz que, se o agente e o lesado tiverem a mesma nacionalidade ou, na falta de nacionalidade comum, tiverem a mesma residência habitual e se encontrarem ocasionalmente em país estrangeiro, a lei aplicável será a da nacionalidade[[32]](#footnote-32) ou a da residência habitual comum; ressalvando-se apenas a aplicabilidade das disposições do Estado local que se devem aplicar independentemente das pessoas envolvidas. Entende-se que nestes casos são a lei da nacionalidade comum (ou da residência habitual comum) que apresentam uma mais estreita conexão com a situação.

No entanto, desde 2009 que se aplica o Regulamento Roma II, cuja norma central é o 4º, que aponta para o Estado onde ocorreu o dano, considerando irrelevante o local do facto que lhe deu origem. O 4º/2 do Regulamento é semelhante ao 45º/3, CC. O 45º, CC tem, portanto, o seu âmbito de aplicação limitado a factos que tenham ocorrido até 11 de janeiro de 2009.

**Nota**: *ver 4º, 31º e 32º, Regulamento Roma II*.

**12.5. Direitos reais**

A norma de conflitos é indicada no 46º, CC, determinando-se a competência da lei do lugar da situação das coisas (móveis ou imóveis) – 46º/1. O 46º/2 concretiza o nº 1 relativamente a coisas em trânsito.

**Nota**: *ver igualmente o 46º/3 e o 48º, CC*.

A lei indicada no 46º rege: (i) a classificação das coisas (móveis ou imóveis); (ii) os tipos de direitos reais admissíveis (na nossa ordem jurídica existe um *numerus clausus*); (iii) e o regime da constituição, transferência e extinção dos direitos reais.

**Nota**: *quanto ao 47º, CC, ver o último parágrafo do ponto 12.2.1.*

No 47º, CC já será relevante a distinção entre coisas móveis e imóveis, constituindo esta norma um desvio à regra geral do 25º, CC quanto à lei aplicável em matéria de capacidade. Atribui-se competência à lei da situação da coisa para regular a capacidade para constituir e dispor de direitos reais sobre coisas imóveis, desde que essa lei se considere competente (temos de olhar ao DIP da OJ do lugar da coisa). Se esta OJ não se considerar competente, voltamos à regra geral para reger a capacidade, e aplicamos a lei pessoal – 25º, CC.

**12.6. Relações familiares**

As relações de família são reguladas pela lei pessoal, por força do 25º, CC. No entanto, os 49º e ss., CC vêm regular questões muito específicas relativas às relações familiares, pelo que, numa lógica de especialidade, prevalecem sobre a norma geral do 25º, CC no que diga respeito ao seu âmbito específico.

O que entender por *relações familiares*? Qual o âmbito das normas de conflitos que se dizem reguladoras destas relações? Torna-se esta questão particularmente relevante quanto à promessa de casamento. De facto, não se encontra na secção de relações familiares no nosso Código; alguns direitos materiais consideram-na, porém, como é caso do direito português, como um contrato para-familiar, ou para-matrimonial. Noutras ordens, como a francesa, o instituto é tratado nos quadros gerais da responsabilidade civil extracontratual. Por faltar uma específica norma de conflitos, tem esta matéria sido reconduzida ao 25º, CC, fruto de uma interpretação extensiva do conceito de família, feita pela doutrina portuguesa.

Seguindo em frente, qual a lei aplicável ao casamento? Esta resposta é-nos dada pelo 49º, CC, que estabelece, fazendo eco do 25º, CC, que tal lei será a lei pessoal de cada nubente. Estabelece-se, assim, uma aplicação distributiva (simultânea) das duas leis pessoas - aplicamos a lei pessoal de A à capacidade de A e a lei pessoal de B à capacidade de B.

O 49º, CC regula, portanto, uma capacidade muito específica: a capacidade para contrair casamento e celebrar convenção antenupcial – este será o objeto desta norma, que trata também do regime da falta e dos vícios da vontade dos nubentes (portanto, as leis por este artigo designadas também tratam da validade substancial do casamento). A *capacidade para contrair casamento* significa, segundo uma interpretação que tem em conta os conceitos homólogos da lei do foro (designadamente o 1600º, CC) a inexistência de impedimentos ao casamento. Têm capacidade, neste contexto, aqueles relativamente aos quais não se verifiquem impedimentos à celebração dos negócios referidos no 49º, CC.

Ainda que, quanto à falta e vícios da vontade, a aplicação distributiva das leis pessoais dos nubentes não suscite quaisquer problemas; há certos impedimentos à celebração do casamento com natureza bilateral (impedimentos que afetam ambos os cônjuges), aos quais se aplica a lei pessoal mais exigente, ainda que a outra permita o casamento – mais que uma aplicação distributiva, temos uma aplicação cumulativa.

A forma do casamento é tratada nos artigos 50º e 51º, CC. O 50º estabelece como aplicável a lei do lugar da celebração, num desvio à regra geral do 36º, CC (relativo à forma das declarações negociais, atenta a solenidade do ato em causa e a variedade de formas que este reveste nos diferentes países. Por sua vez, o 50º, CC é excecionado pelo 51º, CC.

E quanto à regulação dos efeitos das relações entre os cônjuges?

Temos o 52º, CC, que se refere a todas as relações entre os cônjuges, de natureza pessoal ou patrimonial (salvo as constantes do 53º, CC), sendo uma norma de conexão subsidiária. **Nota**: *ver artigo*.

Esta norma não fixa o momento relevante para a concretização do elemento da conexão, sendo por isso uma norma de conexão móvel, o conteúdo concreto do elemento de conexão sendo variável no tempo. Assim, p.ex., a vida conjugal de A e B pode ser regulada, ao longo da sua duração, por várias leis diferentes.

Cabe ainda referir que é o 52º, CC que regula os condicionamentos e consentimentos exigidos para a prática de quaisquer atos, quando estes não dependam de um certo regime de bens.

O 53º, CC regula as convenções antenupciais e o regime de bens, cabendo no seu âmbito duas questões especiais: a validade substancial e efeitos da convenção antenupcial e regime de bens (53º/1 e 2); e a lei competente para determinar o regime de bens supletivos de um casamento (53º/3). Esta norma de conflitos, ainda que utilize elementos de conexão móveis, imobiliza no tempo essa mesma conexão, com o objetivo de evitar problemas de conflito móvel – fixa o momento relevante para aferir o conteúdo concreto do elemento de conexão.

O 54º, CC trata da possibilidade de modificação do regime de bens, legal ou convencional, sendo que tal só será permitido quando a lei designada no 52º, CC o permitir. No direito português vale a imutabilidade do regime de bens, evitando-se que um dos cônjuges influencie o outro, e protegendo-se os terceiros que intervêm com o casal, no tráfego jurídico. Há, porém, OJ que permitem esta mudança e o 54º atende a esse facto.

**Nota**: *ver artigos 55º, 56º e 57º, CC*. *A regulamentação do divórcio, feita no CC no artigo 55º, CC, sofreu alterações fruto do regulamento nº 1259/2010*.

Perante a quantidade de normas que remete para o 52º, CC, alguma doutrina diz que o sistema português apresenta uma autêntica *lei da família* – as leis do 52º, CC são aplicáveis a quase todas as questões familiares do Código (com exceção do 53º, CC e das relações de família do 25º, CC) que se reportem a relações entre cônjuges.

O DIP das relações familiares sofrerá alterações em breve, fruto da entrada em vigor do regulamento europeu sobre relações matrimoniais. Hoje em dia, temos já vigente um regulamento europeu sobre o divórcio. Este contém, como os outros regulamentos, algumas normas gerais sobre o seu âmbito de aplicação objetivo e sobre a sua aplicação universal (1º e 4º). Em adição, o seu artigo 5º permite a escolha das partes quanto à lei aplicável ao seu divórcio, estendendo-se a este domínio o princípio da autonomia privada aplicado às obrigações contratuais. No entanto, esta liberdade de escolha é limitada, algo patente no 5º, que faz uma delimitação das leis de entre as quais os cônjuges podem escolher.

**12.7. Sucessões por morte**

No 62º, CC consagra-se o **princípio da unidade da sucessão**. A determinação da lei aplicável nesta matéria trata-a unitariamente, englobando quer a sucessão relativa a bens móveis, quer a bens imóveis. Ainda há muitos países que distinguem a sucessão móvel e imóvel, havendo normas de conflitos diferentes para cada uma delas, mas em Portugal não é assim.

Este artigo abarca também todas as modalidades de sucessão: legal, testamentária ou pacto sucessório. Reconduz-se, ainda, a esta norma todas as questões relativas à abertura da sucessão. O instituto da legítima também é regulado por esta norma[[33]](#footnote-33). Também se aplica esta norma à matéria da testamentaria, da administração da herança e ao processamento da aceitação e repúdio da herança.

À luz do 62º, durante a vida do autor da sucessão nunca se sabe qual será a lei competente, pois ele pode mudar de lei pessoal durante a vida – este é um caso de **estatuto suspenso**, pois só ao tempo do falecimento do *de cuius* se concretiza a determinação da lei aplicável. Na sequência do 25º, CC esta será a lei pessoal do *de cuius*.

Todavia temos nesta secção algumas normas especiais:

**(i) 63º, CC** – *ver artigo*. O 63º/2 regula o conflito móvel/sucessão de estatutos – a mudança de uma lei pessoal que retire capacidade à pessoa para revogar a disposição já feita, não produzirá efeitos, ou seja, a capacidade que ela tinha antes para revogar o testamento à luz da lei pessoal anterior continua a valer. Determina-se, por isso, a imutabilidade de certos efeitos produzidos ao abrigo da lei pessoal competente, antes da sucessão de estatutos. Esta solução corre no sentido do princípio geral de direito material do direito português que dá liberdade a todos para alterar as disposições por morte (*maxime* revogá-las) até ao seu falecimento.

**(ii) 65º, CC** – já estudámos este artigo[[34]](#footnote-34), que espelha uma conexão alternativa (65º/1), limitada pelo 65º/2.

Cumpre apenas realizar a seguinte precisão - o 65º/2 quando se refere à observância de determinada forma, este conceito de *forma* tem de ser interpretado recorrendo a conceitos homólogos do direito do foro. Neste caso, olhamos o 2223º, CC, que fala em forma solene. O que é a forma solene mencionada no 65º/2? A doutrina portuguesa não tem considerado esta forma como sendo a de escritura pública. Antes considera que está em aqui em causa uma formalidade como a de celebrar o testamento perante juiz/notário, etc.

Esta norma está pensada para testamentos feitos por pessoas nacionais de um Estado num estado estrangeiro – é esse o alcance da expressão *ainda que o ato seja praticado no estrangeiro*, segundo MAGALHÃES COLLAÇO. Ex.: português testa oralmente em França, mas a sua lei pessoa exige especial forma; temos de atender a esta exigência da lei portuguesa.

Porque é que o 65º/2 dá prevalência à lei pessoal do autor da sucessão no momento da declaração por morte? Porque esta será a lei com que o *de cuius* contava quando emitiu a declaração negocial – salvaguarda-se aqui a certeza jurídica do autor da sucessão.

**Nota**: *ler artigo 64º, CC*.

Existe um regulamento europeu que regula esta matéria, aplicando-se a todas as sucessões de pessoas falecidas em 17 de agosto de 2015 ou após essa data (83º, Regulamento nº 650/2012. Neste regulamento, tal como no Regulamento Roma I, temos normas a definir o seu âmbito de aplicação (23º, Regulamento nº 650/2012), algo que resolve o problema da qualificação, como já estudámos.

Este Regulamento trata ainda da determinação da competência dos tribunais portugueses nesta matéria, determinação da lei aplicável, reconhecimento e execução de decisões, reconhecimento e aceitação de autos autênticos em matéria de sucessões e da criação de um certificado sucessório europeu.

**Nota**: *já expusemos em detalhe as disposições deste Regulamento nas páginas 47 e 48 deste Resumo*.

1. Por exemplo, um cidadão inglês deixa todos os seus bens a um amigo. Se for aplicável o ordenamento jurídico do Reino Unido, o testamento é válido, uma vez que este ordenamento desconhece a figura da legítima, contudo a deixa será considerada inoficiosa se a validade do testamento for apreciada pela lei portuguesa. [↑](#footnote-ref-1)
2. Nesse sentido, os regulamentos da União Europeia e algumas convenções internacionais assumem bastante importância, uma vez que procuram conduzir à unificação do direito aplicável. [↑](#footnote-ref-2)
3. Para obter uma visão completa do panorama de regulação de situações da vida privada internacional cumpre chamar ainda a atenção para as questões relacionadas com a ***lex mercatoria***, *i.e.*, o direito que surge autonomamente da realização do comércio, estas são regras geradas na vida do comércio internacional: (i) formadas pelos árbitros internacionais; (ii) atos preparados e formulados por organizações que regulam o comércio internacional. Por exemplo, a Câmara do Comércio Internacional sediada em Paris tem procedido à compilação e publicação de várias regras que são comuns e usuais no comércio internacional. [↑](#footnote-ref-3)
4. Além disso, têm sido publicados alguns diplomas específicos de DIP em ordens jurídicas estrangeiras, mas não em Portugal. Aqui integram-se normas de DIP em códigos já existentes, como o CC ou o CPC. Noutros ordenamentos, como o francês, existem normas de base doutrinal e jurisprudencial. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ponto 3.1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Este domicílio pode vir a ser substituído por outro. [↑](#footnote-ref-6)
7. V. Ponto 7.1. [↑](#footnote-ref-7)
8. O 19º/1 da Convenção de Roma relativa a obrigações contratuais (replicado no 22º/1, Regulamento Roma I e NO 25º/1, Regulamento Roma II) resolve estas questões de maneira diferente, tratando cada sistema dentro do ordenamento plurilegislativo como um país para efeitos de aplicação dos sues preceitos. O regulamento europeu sobre matéria de divórcio permite, entre outros critérios, a escolha das partes quanto ao sistema competente (33º e ss.). Além do mais a Convenção de Roma e outros instrumentos europeus permitem que estados plurilegislativos não apliquem a Convenção de Roma se houver conflito entre dois sistemas jurídicos (ou mais) dentro do mesmo ordenamento complexo – 19º/2 – esta solução sendo replicada quanto a mais instrumentos de fonte europeia. [↑](#footnote-ref-8)
9. O tribunal francês interpretou o conceito de domicílio à luz da lei francesa (*lege fori*) e concretizou-o também segundo a *lege fori*, ao contrário do que defende MAGALHÃES COLLAÇO (defende que o domicílio deve ser concretizado *lege causae*). Disse o tribunal que, apesar de residir há muitos anos em França, não tinha obtido autorização administrativa que possibilitava a mudança de domicílio para França, pelo que o domicílio seria na Baviera, o que desencadeia a aplicação da lei alemã. [↑](#footnote-ref-9)
10. Não deixa de ser curioso que ambas as normas de conflito usavam o mesmo elemento de conexão, mas eram alvo de concretizações diferentes. [↑](#footnote-ref-10)
11. Embora no Caso Forgo não se tenha adotado uma teoria pura da referência global, mas uma tese de devolução simples, que veremos em seguida. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Idem*. [↑](#footnote-ref-12)
13. O mesmo problema existe no caso Forgo. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sem esta expressão, teríamos em Portugal um sistema puro de referência material. [↑](#footnote-ref-14)
15. L1 será, para efeitos deste resumo, a OJ do foro; L2 será a OJ designada; e L3, L4, Lx serão, sucessivamente as OJ’s para as quais se remete. [↑](#footnote-ref-15)
16. A regra é, pois, a referência material, já que o reenvio é, em princípio, excluído em sistemas unificados de normas de conflitos. [↑](#footnote-ref-16)
17. A miríade de teorias já estudadas é muito importante em Portugal porque o nosso sistema de conflitos é muito dependente do que se passa lá fora, na jurisprudência e doutrina de outros Estados. O legislador português quis estar de acordo com as várias leis do circuito. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sempre que o 18º/1 ou outra norma especial não puderem ser aplicados, temos sempre como solução a norma geral do 16º. [↑](#footnote-ref-18)
19. O que significa **interessado** para efeitos de aplicação desta norma? Significa os sujeitos referidos nas normas de conflito. Se for uma norma de conflitos for relativa à capacidade de casar, os interessados são os nubentes; se for à capacidade para contratar, os interessados são os contraentes; se for à sucessão por morte, o interessado é o *de cuius*, é a ele que a norma se refere**, a pessoa em relação à qual se reporta o elemento de conexão**. [↑](#footnote-ref-19)
20. Será aplicável a lei material do OJ da nacionalidade do indivíduo, porque cessando o disposto no artigo 17º/1, será aplicável o princípio geral do 16º. [↑](#footnote-ref-20)
21. Permite-se o reenvio sem que tenham de estar cumpridos os pressupostos do 17º ou do 18º. [↑](#footnote-ref-21)
22. V. anotação 1., artigo 65º, CC anotado. [↑](#footnote-ref-22)
23. Regulamento nº 650/2012 do Parlamento europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012. [↑](#footnote-ref-23)
24. Pode fazer-se a remissão sucessiva até L4 ou L5, assim sucessivamente, até uma destas se considerar competente? Vale como competência de lei de um EM a competência indireta em função de aplicação numa destas leis do critério de devolução simples? HELENA BRITO não sabe, cabe ao TJUE pronunciar-se sobre estas questões. [↑](#footnote-ref-24)
25. P.16, Resumo. [↑](#footnote-ref-25)
26. Esta problemática tem estes dois pais porque parece que BARTIN (1897) desconhecia os trabalhos de KAHN (1891) quando formulou as suas teorias relativas a este problema. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ver Caso 2, dos Casos Práticos de Direito Internacional Privado apresentados por Benedito de Processo Penal. [↑](#footnote-ref-27)
28. No entanto, o 17º/2 utiliza a expressão *lei pessoal* de forma mais restrita, sendo que perante este preceito só é lei pessoal aquela que, além de reger uma matéria do estatuto pessoal, seja individualizada pelo elemento de conexão *nacionalidade*. [↑](#footnote-ref-28)
29. Tal princípio consagra-se não só no domínio das obrigações contratuais, como em matéria de família e sucessões (nos regulamentos europeus). [↑](#footnote-ref-29)
30. Com a ressalva do 11.º, Convenção de Roma e do 13º, Regulamento Roma I. [↑](#footnote-ref-30)
31. Como auxílio interpretativo, devemos ter em conta o 19º, Regulamento Roma I, que define o que se deve entender por *residência habitual*. [↑](#footnote-ref-31)
32. O 45º/3, CC fala da nacionalidade comum, mas tal lei não é aplicada a título de lei pessoal, porque a responsabilidade extracontratual não é do âmbito do estatuto pessoal, não vindo mencionada no 25º, CC. Porque é que é relevante dizer que uma matéria é do estatuto pessoal ou não? P.ex., na matéria do reenvio, é importante perceber se estamos a aplicar uma dada lei a título de lei pessoal ou não. [↑](#footnote-ref-32)
33. Há OJ que têm este instituto e outros que não, pelo que, conforme a lei aplicável, pode este direito à legítima ser ou não reconhecido aos interessados. [↑](#footnote-ref-33)
34. Ver página 47 deste Resumo. [↑](#footnote-ref-34)