

DR. ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA

Professor da Faculdade de direito

ESTUDO SOBRE AS CONVEN-  
ÇÕES DA HAYA DE DIREITO  
INTERNACIONAL PRIVADO

Lições de 1908-1909



COIMBRA Imprensa da Universidade 1909



Estudo sobre as convenções da Haya  
de direito internacional privado

(Lições de direito internacional de 1908-1909)

---

R. 5423

# PRELIMINARES

## § I

### A sociedade dos estados e o direito internacional<sup>1</sup>

SUMARIO : — 1. A sociedade internacional: sua genese historica, extensão objectiva e geographica, e forma geral de organização. — 2. Formação evolutiva da sociedade internacional: condições determinantes do seu apparecimento. — 3. *Processus* da evolução da sociedade internacional: tendencias geraes. — 4. Direito regulador da sociedade internacional: seu conceito e sua função geral. — 5. Elementos integradores do direito internacional: sua elaboração historica e progressiva coordenação. — 6. O direito internacional como lei reguladora da solidariedade funcional dos estados.

1. Na sua evolução progressiva, apparece a humanidade sob a forma de grupos sociaes mais ou menos extensos, cujos ele-

---

<sup>1</sup> DE GREEF, *Introduction à la sociologie*, tom. 1, pagg. 74 e segg.; F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, tom. 1, pagg. 32 e segg.; PILLET, *Le droit international public*, na *Revue générale du droit international public*, tom. 1, pagg. 2 e segg.; RIVIER, *Principes du droit des gens*, tom. 1, pagg. 7 e segg.; NYS, *Les origines du droit international*, Introdução, — *Études de droit international et de droit politique*, tom. 1, pag. 3 e segg., e tom. II, pagg. 1 e segg., — *L'union et le rôle de l'Europe en droit international*, na *Revue de droit international et législation comparée*, 1903, pagg. 57 e segg. e 111 e segg., — *Quelques définitions*

\* \*

mentos se encontram ligados por nexos naturaes ou historicos, occupam um territorio determinado e vivem sob a direccão dum governo commum. A humanidade constituiu-se assim em nações politicamente organizadas em estados.

A criação evolutiva de comunidades politicas foi continuada pela approximação progressiva dessas comunidades, até se constituir uma *sociedade dos estados*, quando o incremento da civilização tornou constante a mutualidade das suas relações, determinou entre elles uma certa communhão de existencia e interesses e os conduziu a exercer em commum uma actividade sempre maior, para a realização plena da sua missão social.

Esta nova forma de associação humana, denominada geral-

---

*du droit international*, na mesma revista, 1903, pagg. 286 e segg. — e *Le droit international*, tom. 1, 1904, pagg. 1 e segg. e 217 e segg.; MERIGNHAC, *Traité de droit public international*, 1.<sup>e</sup> partie, Paris, 1905, pagg. 5 e segg.; BONFILS, *Manuel de droit international public*, 4.<sup>e</sup> éd., Paris, 1905, pagg. 2 e segg.; DESPAGNET, *Cours de droit international public*, 3.<sup>e</sup> éd., Paris, 1905, pagg. 1 e segg.; HOLTZENDORFF, *Droit des gens*, Introduction, pagg. 6 e 151 e segg.; WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens*; WEIS, *Traité de droit internationale privé*, tom. II, pagg. 7 e segg. — e *La paix et l'enseignement pacifiste*, pagg. 45 e segg.; PIÉDELIEVRE, *Précis de droit international public*, tom. I, pagg. 2 e segg.; JITA, *La methode du droit international privé*, Haye, 1890, pagg. 14 e segg.; FERRARI, *La sociologia e il diritto internazionale*, Bergamo, 1896; CAVAGLIERI, *I limiti della comunità giuridica internazionale*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXXVI, 1903, pagg. 190 e segg., e *La consuetudine giuridica internazionale*, 1907, pagg. 29 e segg.; BIGLIATI, *Diritto internazionale e diritto costituzionale*, vol. I, 1904, pagg. 295 e segg.; LOMONACO, *Tratato di diritto internazionale publico*, Napoli, 1905, pagg. 44 e segg.; CATELLANI, *Il diritto internazionale privato*, tom. I, pagg. 12 e segg.; LAWRENCE, *Principles of international law*, pagg. 1 e segg. e 26 e segg.; WESTLAKE, *Internationale law*, Part I, pagg. 1 e segg.; MARCHINOTTI, *Introduzione al diritto internazionale publico*, Sassari, 1908; etc.

mente *communitate* ou *sociedade internacional*, foi um producto superior e uma das grandes revelações do genio europeu, constituindo uma realidade sociologica firmemente demonstrada pelos factos.

O desinvolvimento da civilização tornou normaes e necessarias as relações dos individuos das differentes nações para a mutua compensação das differenças resultantes da diversidade dos productos da natureza e da intelligencia humana segundo a divergencia dos meios geologicos, ethnicos e historicos, e creou natural e progressivamente entre esses individuos uma intensa reciprocidade de interesses que exigia logicamente o patrocínio tambem reciproco dos estados de que os mesmos individuos eram subditos.

Sobre as relações naturaes dos individuos formaram-se assim as relações naturaes dos povos, pois aos estados impendia o dever de, no exercicio da sua missão, proteger e defender os interesses e os direitos dos seus nacionaes nas suas progressivas manifestações, e o cumprimento desse dever fê-los ver a necessidade reciproca de exercerem pacificamente a acção commum necessaria á realização dos interesses e ao exercicio dos direitos dos seus subditos. «Todo o governo, diz PILLET, seja qual for o seu nome e a sua forma, tem os mesmos deveres a cumprir para com os seus subditos. Quando estes se relacionam pelo commercio internacional, os seus soberanos são arrastados pela força das coisas a exercer conjunctamente estes deveres analogos; é o que constitue as diversas nações em comunidade internacional»<sup>1</sup>.

Foi, pois, a missão social do estado que conduziu á formação da *communitate internacional*. Porque aos differentes estados civilizados impendia o dever analogo de proteger os seus

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pagg. 4 e 5.

nacionaes ainda fóra do próprio país e de assegurar eficazmente os seus direitos e interesses no seio dos demais estados, as respectivas funcções tornaram-se communs, a acção internacional tornou-se reciproca e constante e dahi nasceu historicamente a sociedade das comunidades politicas.

A esphera de acção objectiva da sociedade internacional abrange todas as relações em que a civilização tem conjugado e vae conjugando progressivamente a actividade reciproca dos estados e dos individuos de differentes nações. Todos os interesses, economicos, moraes, scientificos, juridicos e politicos, cuja satisfação presuppõe a assistencia mutua dos estados, entram no campo da sociedade internacional. A acção desta effectua-se no dominio de todas as funcções cujo exercicio ultrapassa as fronteiras dos povos e em cujo modo de ser actua a vida internacional<sup>1</sup>.

Quanto á sua esphera de acção geographica, a sociedade internacional, producto do genio europeu, ainda hoje abrange quasi exclusivamente os povos de civilização europeia, pois só entre ellás existe a homogeneidade de concepções e de condições sociaes indispensavel ao principio de reciprocidade em que assenta a communitade de vida internacional. As diverencias de civilização que separam os povos de civilização europeia dos povos de differente civilização, embora não tenham obstado a que entre uns e outros se estabeleçam relações mais ou menos regulares, têm-se, contudo, opposto a que os approxime um laço de solidariedade bastante intenso para os constituir a todos em sociedade internacional. É todavia certo que esta sociedade não está fechada aos povos de civilização não europeia e que elles ahi podem entrar desde que as suas

<sup>1</sup> DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 274 e segg.

condições de organização e vida social dêem garantias de que os mesmos povos se sujeitam ás exigencias da sociedade dos estados e não representam um elemento perturbador da organização internacional. Foi assim que pelo tratado de Paris de 30 de março de 1856, embora de modo incompleto, as potencias admittiram a Turquia a participar do concerto europeu e que, em data recente (1899) e de modo completo, o Japão passou a fazer parte da communitade internacional.

A forma actual da sociedade internacional é a duma associação livre de estados eguaes e independentes, unidos pela solidariedade das suas tendencias e dos seus interesses, baseada no inteiro respeito da situação de cada povo. Cada nação entra na sociedade internacional com os seus interesses distinctos, com as suas ideias juridicas, com as suas opinies moraes, e com todos os elementos que caracterizam a sua individualidade. Conserva ahí a sua independencia e coopera na vida geral dos povos com ás energias características do seu modo de ser social<sup>1</sup>. A situação dos estados dentro da sociedade internacional é assim a sua *interdependencia*, isto é, a egualdade na reciprocidade de relações, situação a que foi dada a designação expressiva de *autonomia na solidariedade*. Não existe na ordem internacional um poder central superior que coordene as unidades nacionaes e as dirija coactivamente, prendendo apenas os estados um *vinculo de contractualidade*, um laço de *livre e mutua subordinação*, determinada pela communitade da sua existencia e interesses e regulada pelos principios juridicos sentidos como necessarios pela consciencia geral do mundo civilizado e constituídos de modo tacito ou de modo expresso pela *vontade commun* dos estados.

---

<sup>1</sup> Auct. e ob. cit., pagg. 267 e 273.

2. A comunidade internacional, emquanto representa a aproximação dos povos na realização pacifica duma actividade commum, derivou da coordenação de duas tendencias características que se tõem interinfluenciado de modo diverso na historia da civilização: a *tendencia nacional*, que manifesta os interesses particulares dum estado, e a *tendencia cosmopolita*, que traduz os interesses superiores da humanidade. Só quando estas tendencias puderam equilibrar-se de modo que, salva a integridade e a independencia dos estados, se estabelecessem efficazmente entre elles relações mutuas e constantes, a sociedade das nações foi uma realidade historica.

Semelhante estado de equilibrio foi pela primeira vez realizado pelos povos da Europa e numa epocha relativamente recente. Só nos fins da idade media começa a dominar os espiritos como ideia e a esboçar-se nos factos como tendencia a comunidade internacional formada pelos povos christãos e só em meados do seculo XVII, com a paz de Westphalia, se constitue regularmente a sociedade dos estados e se fixam as bases do direito disciplinador da sua organização e do seu funcionamento. Até então preponderara a força nacional, ou por um pronunciado *isolamento* dos povos, ou pela tendencia quer para *absorver* numa unidade politica *universal* os estados existentes, quer para exercer uma acção de *predominio* nas relações entre os estados e na convivencia internacional <sup>1</sup>.

A primeira forma de preponderancia da tendencia nacional revela-se frisantemente na antiguidade oriental e na antiguidade classica até á republica romana. Durante este longo periodo todos os povos se isolam mais ou menos dos outros povos e procuram dar á sua vida interior uma organização social e politica que esteja ao abrigo de toda a acção estranha. Tudo

---

MARGINOTTI, *ob. cit.*, pag. 4 e segg.

se faz nacional, a religião, o direito, a communitade das coisas divinas e humanas, següdo o expressivo dizer de JITA, e reina soberano o príncipe de que *os estados não têm, como taes, direitos e deveres hecípocos.*

A segunda, já esboçada pelo imperio dos Persas, que encerrou o periodo da civilização assyrio-egyptia, e pelo imperio de Alexandre, que encerrou o periodo da civilização hellenica, affirma-se caracteristicamente com o imperio Romano, que fecha o cyclo da civilização latina e com o qual apparece um superior *commum* que domina quasi universalmente e só concede direitos a quem se encontre sob o seu dominio.

O imperio Romano realiza assim o principio do estado *universal*, que, como realidade ou como tendencia, domina a politica geral nas edades historicas posteriores até á constituição da sociedade internacional sobre o principio da egualdade e da independencia dos estados.

Effectivamente, apesar da queda do imperio do Occidente, a fascinação do poder universal ainda domina os espiritos e, bem que Roma não fosse a séde do imperio, o imperio romano continuava a existir. E assim é que, ou identificando-se com o imperio bysantino, ou manifestando-se com a monarchia franca de Carlos Magno, ou apparecendo na dyarchia espiritual-temporal, formada pelo Papa e pelo Imperador para o governo do mundo, antes do rompimento entre o Sacerdocio e o Imperio, ou mantendo-se nas pretensões encontradas da monarchia universal dos papas e da monarchia universal dos imperadores, a tendencia para a unidade politica universal enche toda a edade media, prevalecendo a ideia dum superior *commum* que *predominasse* na convivencia internacional e dictasse a lei a todo o mundo.

A historia reagiu, porém, contra a realização de semelhante tendencia, reduzindo o Imperio — pela constituição de estados bastantemente fortes para não reconhecerem a superioridade

do Imperador, e pela formação do conceito da existencia de direitos e deveres reciprocos entre os estados independentemente da necessidade dum superior commum que regule ou dirija as suas relações — á soberania dum estado particular, e emancipando da acção da Santa Sé a direcção das relações entre os estados.

A realização do conceito da reciprocidade de direitos e obrigações entre os estados foi auxiliada pela reforma religiosa do seculo XVI e teve a sua formula solemne no tratado de Westphalia de 24 de outubro de 1648.

A Reforma abriu uma divergencia profunda entre as nações da Europa, impellindo-as a uma lucta tenaz e duradoira, conhecida na historia pela *guerra dos trinta annos*. Esta guerra, que começou em 1618 e foi a expressão violenta do espirito tradicional, que defendia a unidade da Igreja catholica, contra o espirito innovador, que proclamava a liberdade religiosa e o direito de formar uma comunidade de fieis independente do pontifice romano, acabou pela paz de 1648, estabelecida num tratado que veio fundar sobre novas bases o direito publico da Europa.

Os governos e os soberanos, que tomaram parte na guerra, reconheceram a necessidade de lhe pôr termo por meio dum accordo geral feito em condições que correspondesse á situação e ao espirito dos belligerantes.

A novidade que ainda offercia na historia das nações europeias uma reunião de representantes de diferentes estados examinando os seus negocios em commum e tomando decisões obrigatorias para todos fez nascer muitas hesitações, antes que se assentasse em reunir o congresso de Westphalia para a celebração da paz. Foi por isso que, começando as negociações em 1634, só em 1648 pôde realizar-se definitivamente o congresso, e não foi possível congregar no mesmo logar os plenipotenciarios das diferentes nações, reunindo-se os representan-

tes da Suecia, do Imperio da Allemanha e dos estados allemães em Osnabück e os da França, Roma, etc., em Münster.

Apesar de tudo, o congresso ultimou os seus trabalos e foi dum extraordinario alcance na historia do direito internacional.

Em primeiro logar, a sua reunião mostra que os estados europeus se compenetraram profundamente da solidariedade dos seus interesses, já que procuraram em commum a fórmula da sua harmonica combinação.

Depois, as conclusões ali votadas mostram que os mesmos estados procuraram desviar os obstaculos que se oppunham ao desinvolvimento duma sociedade internacional de coordenação e lançarem as bases da sua organização,

Os principios fundamentaes admittidos pelo congresso, segundo pode inferir-se das suas resoluções, foram :

a) A egualdade juridica dos estados, a sua reciproca independencia, e, portanto, a negação dum poder superior que os dirija.

b) A independencia da acção dos estados, na direcção das relações exteriores, da influencia religiosa representada até ali pela Santa Sé.

c) A equiparação dos estados monarchicos e republicanos nas suas relações exteriores, pois que a Suissa, os Países Baixos e Veneza tratam de egual para egual com os estados monarchicos <sup>1</sup>.

A acceitação do primeiro principio foi a definitiva rejeição da tendencia imperialista herdada de Roma e mantida na idade media. Este principio firmava-se na aspiração dos estados para a sua independencia politica e tornou-se effectivo mediante o systema do equilibrio politico, desinvolvido nos seculos xv e

---

<sup>1</sup> FIORE, *Diritto internazionale codificato*, Appendice 1, pagg. 13 e segg.

XVI e praticado sob a dupla forma ou de *resistencia commun* dos estados contra as potencias que, pela sua grandeza, se tornavam perigosas para a independencia dos outros povos, ou de *equiponderação das forças politicas*, isto é, da sua distribuição por maneira, que nenhum estado pudesse ameaçar a independencia ou os direitos dos outros estados, sem encontrar dum ou doutro lado uma resistencia efficaz e um perigo para si mesmó.

A acceitação do segundo representou um reconhecimento do schisma e uma primeira *secularização* dos estados nas relações internacionaes. Foi um producto da Reforma e inutilizou a ideia do imperio universal de forma theocratica. Começou a pôr-se de parte o exclusivismo religioso como base necessaria da vida internacional, embora se ficasse ainda dentro do dominio da christandade, já que os povos não christãos só mais tarde entraram na sociedade internacional.

O terceiro principio, ao mesmo tempo que consagrou o respeito da organização politica de cada estado, conceito hoje corrente no direito internactonal, acabou com mais um exclusivismo e tornou possivel o alargamento da sociedade dos estados.

Producto final da evolução traduzida pelo tratado de Westphalia foi manifestamente a criação da comunidade internacional e a consequente constituição do seu direito. É verdade que já anteriormente, e a partir designadamente dos principios do seculo xv, a ideia duma comunidade internacional formada pelos povos christãos começa a dominar os espiritos, apparecendo para a designar a expressão *res publica christiana*, o que se accentuava visivelmente a tendencia para constituir essa comunidade, como bem o mostra a significativa reunião diplomatica de 1435, o congresso de Arras, destinado a celebrar a paz entre o rei de França, dum lado, e o rei de Inglaterra e o duque de Borgonha, do outro, constituido, além dos

plenipotenciarios dos principes belligerantes, pelo embaixador do concilio de Basileia, pelo legado do papa, pelos enviados do Imperador, dos reis de Castella, de Aragão, de Navarra, de Portugal, da Sicilia, de Chypre, da Dinamarca e da Polonia, dos duques de Milão, da Bretanha e de Alençon, da Universidade de Paris e de muitas cidades da França, Borgonha e Países Baixos, e que pode considerar-se, como advérte NYS, como a primeira applicação das conferencias e dos congressos, que foram, na historia diplomatica da Europa, as manifestações mais decisivas da existencia duma sociedade internacional e duma consciencia juridica commum; todavia, a paz de Westphalia deu uma consagração formal á sociedade internacional lentamente estabelecida no solo europeu, sendo com razão que FERRARI diz que devemos saudar aquelle acontecimento como o inicio duma vida nova para a Europa, a qual se encaminhará segura, d'ora em diante, para a meta infallivel da justiça internacional <sup>1</sup>.

É realmente num accordo geral, pois no congresso de Westphalia estavam representados todos os governos importantes, á excepção dos da Inglaterra, da Russia e da Polonia, que os estados se declaram independentes e eguaes em direitos, ao mesmo tempo que reconhecem a solidariedade dos seus interesses. Mas a solidariedade de interesses cria necessariamente a commuidade de funcções, e individualidades juridicas independentes e eguaes só numa sociedade regulada pelo direito podem exercer uma actividade commum.

Para a produção de todo este resultado historico foi condição fundamental a *homogeneidade de condições sociaes* progressivamente desinvolvida entre os povos europeus e determinada

---

<sup>1</sup> NYS, *Revue de droit int. et leg. comp.*, 1903, pag. 111; FERRARI, *La libertà politica e il diritto internazionale*, Torino, 1898, pag. 176.

por uma serie de grandes factores que actuaram na vida social europeia. Foram esses factores, segundo a linguagem de TARDE, a *romanização*, a *christianização*, a *feudalização* e a «humanização» da Renascença, os quaes crearam em todos aquelles povos a semelhança de civilização que constituiu a base positiva da communidade internacional.

Os factos mostram effectivamente que a semelhança de condições sociaes tem sido sempre o facto gerador da regularidade e permanencia das relações necessarias para crear entre os estados uma communidade de vida internacional e para condicionar o apparecimento do direito organizador duma sociedade de estados.

O primeiro esboço historico duma certa communidade de estados dá-se entre as sociedades hellenicas, onde a identidade de origem ethnica e a concomitante semelhança de civilização fizeram nascer uma certa regularidade de relações disciplinadas por alguns preceitos de conducta reciproca, a que THUCIDIDES chamava a *lei commun* dos gregos.

Um facto semelhante se verifica na liga latina, na qual cidades vizinhas, de origem semelhante e civilização approximada, se relacionaram por um *foedus aequum* e viveram temporariamente numa tal ou qual reciprocidade de direitos e obrigações.

Sacrificada a communidade latina á dominação romana, quando esta se dissolveu e sobre as ruínas do imperio se formaram os novos estados europeus, foram estes conduzidos á communidade de vida internacional pela semelhança de condições sociaes produzida pela assimilação romana e pela acção social do christianismo. A fé catholica dá forma á nova communidade, mas o fundo homogenio de civilização constitue a sua base. Porisso, quando a Reforma religiosa veio quebrar a unidade do christianismo, os estados europeus, se libertaram a communidade internacional da acção subordinadora da Igreja,

assentaram-na na semelhança de civilização desinvólvida através da communhão religiosa, de modo que a sociedade dos estados ficou sendo, fundamentalmente, uma sociedade de estados christãos, e a civilização christã foi sempre dominando como laço orgânico daquela sociedade, e só ahi entrando estados de civilização differente quando, pela remodelação das suas instituições sociaes e politicas, mais ou menos assimilaram os productos da civilização europeia e deram garantias de que estavam preparados para a reciprocidade de direitos e obrigações que suppõe a vida em communidade internacional.

A sociedade internacional foi assim a consequencia historica das condições formadas no desinvólimento da civilização europeia. O progresso social creara a necessidade das relações dos povos, a homogeneidade de condições sociaes facilitara essas relações, a segurança indispensavel á vida pacifica do mundo civilizado exigia que as mesmas relações fossem protegidas pela garantia do direito, a evolução politica e religiosa conduzira á constituição de estados fortes e independentes e contrariara a constituição duma unidade politica universal que pudesse organizar devidamente aquella garantia, e, porisso, só a associação dos estados sobre o principio da egualdade e da reciprocidade de direitos e obrigações podia corresponder ás exigencias do espirito europeu.

3. Na sua consagração pelo tratado de Westphalia, a sociedade juridica dos estados foi organizada sobre o principio do *equilibrio politico*.

Este principio, seguido no seculo xv na direcção das relações externas dos estados italianos e applicado no seculo xvi na Europa occidental para neutralizar as tendencias para a constituição da monarchia universal, consiste, em geral, em que a independencia e a autonomia de cada nação deve estar ao abrigo de toda a ameaça por parte dos outros povos. A

forma pratica de o realizar tem sido, como dissemos, ora a colligação ou alliança de differentes estados contra o excessivo engrandecimento duma determinada potencia com perigo para a independencia das outras potencias, ora a equiponderação das forças politicas.

O principio do equilibrio politico, embora geralmente conhecido e proclamado até 1814 e ainda applicado em actos internacionaes posteriores, foi já profundamente abalado pela revolução franceza — que proclamou a suprema autonomia e liberdade dos povos tanto sob o ponto de vista da sua organização interna como relativamente á direcção das relações exteriores, e viu o fundamento da paz e da justiça internacional no principio do respeito mutuo dos direitos dos estados e da conveniente subordinação do interesse de cada nação ao interesse geral da *familia humana* — e, depois da obra de reacção da Santa Alliança, foi progressivamente substituido por um novo principio de coordenação em que se julgou encontrar a resolução do problema da organização da sociedade internacional.

E assim devia ser. O equilibrio politico era uma especie de ponderador mechanico para supprir a insufficiencia da vitalidade organica da sociedade internacional. Natural era, pois, que se procurasse outro principio para resolver o problema posto desde o congresso de Westphalia — encontrar um meio de coexistencia dos estados tal, que a independencia de cada um ficasse assegurada, mas um principio que fosse organico e não mechanico, fornecesse uma' regra suprema para transformar a sociedade dos estados, dum facto, num direito, e fizesse com que o equilibrio politico, de base, se tornasse um producto da organização internacional.

O novo principio em que se procurou basear e organizar a sociedade dos estados foi o *principio das nacionalidades* ou a orhanização em estados homogeneos das populações que a uni-

dade da raça, de lingua, de religião, de tradições, de costumes, de grau de civilização, em summa, a identidade de condições de existencia tem preparado para a commuidade de vida e de consciencia social <sup>1</sup>.

O principio das nacionalidades derivou logicamente do principio da suprema autonomia dos povos proclamado pela revolução franceza, emquanto representou a affirmação do direito dos grupos sociaes homogeneos se constituirem em estados independentes. Foi porisso o principio da autonomia nacional baseada na homogeneidade de condições sociaes e uma theoria organica da constituição das sociedades politicas que deviam gosar dos direitos de povos livres.

No seu apparecimento evolutivo, constituiu aquelle principio um protesto contra o systema de dispôr arbitrariamente da sorte dos povos, e representou, no seu desinvolvimento no seculo passado, o processo de reacção contra a arbitraria e violenta politica da *legitimidade*, isto é, o restabelecimento e defesa do direito historico anterior á revolução, seguida na reorganização do systema europeu posteriormente á anachronica tentativa de monarchia universal de Napoleão I. O congresso de Vienna de 1813-1815, onde prevaleceu o principio da legitimidade, e donde resultou a politica de intervenção realizada pela Santa Alliança para pôr em pratica as conclusões do mesmo congresso, reorganizara a Europa politica sem attender muitas vezes ás affinidades de condições sociaes dos elementos de população de que ficavam constituídos os estados, e, porisso, quando enfraqueceu a força que sustentava o equilibrio estabelecido no congresso, este equilibrio rompeu-se no sentido de dar expansão ás tendencias das nacionalidades.

<sup>1</sup> DE MARTENS *ob. cit.*, pagg. 81 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 24 e 109 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 40 e segg.; SIOTTO-PINTOR, *L'ideale della pace*, pagg. 82 e segg.

Basear, porém, a organização da sociedade dos estados sobre o principio das nacionalidades, era dar-lhe uma base inconsistente, pois se ia buscar para fundamento da organização (e este era tambem o defeito do principio fundamental da doutrina da revolução) um principio individualista unilateral, um principio basilar da independencia politica. Ainda que o principio das nacionalidades pudesse offerecer um criterio de organização das unidades politicas nacionaes, e ainda que a formação dos estados em harmonia com esse criterio pudesse facilitar o seu agrupamento em sociedade internacional, o que o principio das nacionalidades não continha era a lei reguladora das relações entre os estados constituídos segundo a homogeneidade das condições de existencia das respectivas populações, o que elle não determinava era o *vinculo constitucional* da sociedade dos estados.

Uma observação mais attenta dos factos devia, pois, conduzir para um caminho diverso e a ver em outros fundamentos a organização da sociedade internacional. Procuremos determinar a corrente dos factos e o rumo das ideias.

Com a irradiação da cultura hellenica, começou a unidade europeia, que Roma havia de alargar e vigorizar com a sua obra de conquista e assimilação, que a edade média viria enraizar com a acção moral do christianismo, que a edade moderna affirmaria poderosamente pela influencia reciproca dos povos e pela permanencia das suas relações, e que finalmente a edade contemporanea estreitaria irresistivelmente pela intensissima vida internacional que as suas descobertas e os seus progressos produziram.

Arrastados assim pela força das correntes historicas, os estados encontraram-se no exercicio das suas funções, cruzaram-se num fatal trabalho de cooperação. Desviar os attritos que pudesse levantar a sua acção commum e organizar os in-

teresses que a todos dissessem respeito, era naturalmente a linha de conducta dos mesmos estados. Nella entraram e nella seguem constantemente. Ou para proteger os direitos individuaes, ou para garantir intesesses sociaes, ou para regulamentar muitas das suas funcções, ou para encontrar um meio pacifico de resolver os seus conflictos, os estados vão solidarizando as suas funcções e procuram discipliná-las por principios reguladores commum. «As communicações cada vez mais extensas dos povos, escreve DESPAGNET, criam entre elles uma tal solidariedade e uma interdependencia tão accentuada sob o ponto de vista do seu desinvolvimento moral e economico, que elles são levados a regular as suas relações por principios racionaes de Direito e a evitar os conflictos violentos. Esta regulamentação juridica das relações internacionaes manifesta-se por congressos e conferencias, tratados, principalmente tratados de União em que um grande numero de estados fixa os seus direitos e deveres respectivos sobre uma multidão cada vez maior de interesses communs, como: caminhos de ferro, correios, telegraphos, alfandegas, propriedade industrial, litteraria e artistica, moedas, condição dos estrangeiros, execução de sentenças, commercio e navegação, extradição, occupação de territorios, suppressão do trafico, etc.»<sup>1</sup>.

Os factos de cooperação e de interdependencia eram, pois, infinitos e a tendencia para a sua disciplina juridica uma realidade objectiva. Como interpretá-los?

Os estados não se relacionaram por certo pelo facto da homogeneidade interna das suas condições de existencia mas porque as necessidades da civilização os tornaram solidarios, nem procuraram regular os suas relações simplesmente porque eram autonomos, mas porque exerciam funcções em commum

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.* pag. 26.

e se tornava necessario dar regularidade organica ao exercicio dessas funcções. A interdependencia foi o motivo das relações entre os estados, a commuidade de funcções foi realmente a razão da regulamentação juridica internacional.

A theoria das nacionalidades era portanto menoo propria para fundamentar a organização da sociedade internacional, e por isso se procurou para esta um novo assento, que se encontrou na causa mesma das relações entre os estados — a *commuidade de funcções entre elles existente* e proveniente da *interdependencia* em que a civilização os collocou <sup>4</sup>.

E a *interdependencia de facto* creada pela civilização fez ver na *interdependencia de direito* a base juridica da sociedade internacional, levou aos espiritos a convicção de que o verdadeiro principio regulador da coexistencia e da cooperação dos estados é a autonomia na solidariedade, que tem como formula juridica e *egualdade na reciprocidade de direitos e obrigações*, e impelliu os governos para o aperfeiçoamento da organização juridica da sociedade internacional sabre uma base de egualdade e de reciprocidade.

4. A formação historica da sociedade internacional produziu a formação natural dum direito regulador das relações dos estados. Como disciplinador especifico de todas as sociedades humanas, appareceu o direito tambem no dominio das relações internacionaes, ordenando-as e garantindo-as convenientemente.

Depois que os progressos da civilização convenceram os estados de que as relações pacificas internacionaes representavam uma necessidade da sua conservação e desinvolvimento, normalizaram a sua conducta, na prosecução dos interesses

---

<sup>4</sup> PILLET, *Revue de droit int. public (R. D. I. P.)*, vol. I, pagg. 2 e segg.; CATELLANI, *Revue cit.*, vol. VIII, pag. 405; MARCHINOTTI, *ob. cit.*, pag. 175.

communs, por preceitos obrigatorios tambem communs que introduzissem a ordem e a justiça nas suas mutuas relações e assim crearam o — *direito internacional* ou conjuncto de preceitos juridicos reguladores das relações entre as communidades politicas.

O direito, como regula e garante nas sociedades nacionaes as condições necessarias á sua conservação e desinvolvimento, semelhantemente regula e garante na sociedade internacional as condições da sua organização e funcionamento. Nas sociedades nacionaes, opera como força de integração individuo-social, mantendo em justo equilibrio os dois elementos irreductiveis de toda a vida collectiva, e na sociedade internacional exerce uma função coordenadora dos interesses particulares de cada estado com os interesses geraes da comunidade das nações.

A função geral do direito internacional traduz-se na regulamentação e garantia da organização e funcionamento da sociedade dos estados: a) determinando os elementos, bases e forma de organização da sociedade internacional; b) disciplinando a acção internacional dos estados tanto para a realização pacifica dos intereces nacionaes de character geral como para regularizar a situação juridica dos individuos nas relações internacionaes; c) e resolvendo os conflictos que a vida internacional possa levantar entre os povos.

Destina-se, portanto, o direito internacional a disciplinar o modo de ser normal das relações entre os estados e a determinar os meios de resolução dos seus conflictos.

5. A constituição do direito internacional foi a expressão juridica da comunidade formada evolutivamente entre os estados mais adiantados em civilização, e porisso revestiu aquelle direito na sua apparição historica o character de regimen de coordenação de interesses de estados independentes e eguaes

que cooperam pacificamente para a realização integral do seu destino.

A existencia do direito internacional foi assim o producto de tres elementos: a) coexistencia duma pluralidade de estados autonomos; b) a cooperação desses estados pelo estabelecimento de relações mutuas e permanentes; c) a submissão da actividade dos mesmos estados a principios juridicos comuns <sup>1</sup>.

A formação destes elementos resultou do trabalho historico que acima descrevemos ao estudar o desinvolvimento da sociedade dos estados. A evolução politica produziu a constituição de comunidades politicas soberanas e autonomas, os factores da civilização europeia crearam a semelhança de condições sociais propria para facilitar as relações dos estados, o desinvolvimento progressivo dos povos europeus determinou a necessidade de relações permanentes tanto de ordem material como de ordem moral, a segurança e efficacia dessas relações exigiu que as protegesse a garantia do direito, e os estados *submiteram-se* expressa ou tacitamente a preceitos obrigatorios comuns que disciplinassem as suas relações.

A submissão dos estados aos preceitos do direito internacional derivou da *consciencia juridica commum* da necessidade do seu cumprimento. A vida em sociedade internacional impôs-se aos estados como uma condição inpreterivel do seu desinvolvimento progressivo e porisso a consciencia geral do mundo civilizado reconheceu e reconhece como obrigatorios preceitos que regulem e garantam a acção dos mesmos estados dentro da comunidade internacional.

A força imperativa do direito internacional foi portanto um

---

<sup>1</sup> HOLTZENDORF, *Introduction au droit des gens*, pag. 6; RIVIER, *ob. cit.*, pag. 7.

producto do desinvolvimento dos povos civilizados, que obedeceram á necessidade de se adaptarem ás novas condições de existencia creadas pela sua evolução historica.

6. O direito internacional começou a constituir-se regularmente com a paz de Westphalia, tem disciplinado as relações internacionaes em harmonia com os preceitos predominantes ácerca da coexistencia e cooperação dos estados, assumindo na sua phase actual o aspecto de lei reguladora da solidariedade funcional dos mesmos estados. Como a commuidade de funções dos estados foi considerada a verdadeira razão de ser da sociedade dos estados, assim se assignalou por fim ao direito internacional a garantia da acção commum dos estados e a coordenação em justa harmonia dos seus interesses mutuos. Em vez de simples lei de coexistencia de estados autonomos, como o comprehendia a doutrina da revolução e o principio das nacionalidades, tornou-se naturalmente o regimen juridico da interdependencia creada entre os estados e resultante da sua missão historica.

Assim o revelam os factos e assim o concebe o pensamento contemporaneo.

A observação mostrou, com effeito, que a vida historica das nações se desinvolvia no sentido de as conduzir a um estado de progressiva *interdependencia*, pela troca de productos, pela reciprocidade de ideias e pela solidariedade de interesses, e o conceito do direito internacional como regimesn dessa interdependencia foi dominando cada vez mais os espiritos, podendo CATELLANI dizer que, «á ideia da autodomia de cada estado, o seculo XIX substituiu a da interdependencia de todos os estados»<sup>1</sup>, e PILLET escrever: «Uma mesma lei governa a vida

---

<sup>1</sup> *Ob. e log. cit.*

dos individuos e dos povos — a lei da interdependencia, e, tanto mais esta vida se aperfeiçoa, quanto mais a interdependencia se torna constante e pesada. Tanto uns como os outros só pela alienação da sua liberdade participam dos beneficios da civilização. Mas não será um beneficio esta alienação necessaria da liberdade? A liberdade só tem valor quando permite ao homem desinvolver melhor as suas faculdades. . . Emquanto, pois, uma limitação da liberdade tem como effeito favorecer o desinvolvimento da actividade individual ou nacional, pode dizer-se que semelhante limitação é boa, é util á causa mesma da liberdade. Por esse motivo, a interdependencia, lei social da nossa epoca, vale mais que uma independencia barbara, e, longe de pretender dissimular a nossa situação real, devemos confessá-la bem alto como um progresso e como um bem» <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> R. D. I. P., 1898, pag. 89.

## § II

### Natureza do direito internacional

SUMMARIO : — 7. Natureza positiva do direito internacional. Significado e valor do direito internacional scientifico. — 8. Natureza *juridica* do direito internacional. Razões adduzidas contra a sua existencia scientifica. — 9. O direito internacional e a falta dum poder legislativo que o declare. — 10. O direito internacional e a falta dum tribunal que o interprete e applique. — 11. O direito internacional e a falta duma sanção coactiva que lhe dê efficacia pratica. — 12. Apreciação final do problema.

7. O processo da formação historica do direito internacional conduz á determinação da sua natureza positiva <sup>1</sup>.

Este direito foi um producto da tendencia espontanea dos

---

<sup>1</sup> RIVIER, *Esquisse d'une histoire littéraire des systèmes du droit des gens*. (Este estudo encontra-se na *Introduction au droit des gens* de HOLTZENDORFF, pagg. 349 e segg.); WESTLAKE, *Droit international*, trad. de NYS, pagg. 19 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 198 e segg.; DESPANET, *ob. cit.*, pagg. 28 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 62 e segg.; GEMMA, *Introduzione allo studio del diritto pubblico internazionale considerato nel suo svolgimento scientifico*; NYS, *Les origines du droit international*, pagg. 6 e segg., e *Le droit international*, 1, pagg. 213 e segg.; BARTHÉLEMY, NIZARD, ROLLAND, etc., *Les fondateurs du droit international*, Paris, 1904; BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 295 e segg.; MÉRIGNAC, *ob. cit.*, pagg. 92 e segg.; CALVO, *Le droit international*, tom. 1, pagg. 1 e segg., etc.; ANZILLOTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, pagg. 6 e segg.; CAVAGLIERI, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; MARGINOTTI, *ob. cit.*, pag. 75 e segg.; etc.

estados para regularem a sua conducta nas relações internacionais e appareceu quando nelles se formou a consciencia commum da necessidade de cumprir como obrigatorios alguns preceitos geraes disciplinadores da sua acção reciproca.

As suas regras são, assim, regras positivas, porque são apoiadas nos factos da vida internacional, um resultado da coexistencia e da cooperação dos estados, e não um derivado de simples abstracções doutrinarias. Existem porque os factos as determinam; a consciencia geral sente e reconhece a sua necessidade, e a vontade commum dos estados as constitue tacitamente pelo *costume* ou expressamente pelos *tratados*, e não porque a razão especulativa as crie arbitrariamente.

Nem sempre, porém, o direito internacional foi considerado como um direito positivo apoiado nos factos e constituído pela vontade commum dos estados. Na sua primitiva organização logica, como sciencia independente, com a obra de ALBERICO GENTILE (1552-1608) *Commentationes de jure belli* (1588-1589) e principalmente com a obra *De jure belli ac pacis* (1625) de HUGO GROCIO (1583-1645), que, com justiça, é considerado o verdadeiro fundador da sciencia do direito internacional, este direito era intendido fundamentalmente como o *direito natural* na sua applicação ás relações internacionais, isto é, como um direito fundado na *razão natural*, a qual indica o que é justo e injusto nas relações dos povos. É certo que GENTILE não rejeitava systematicamente a tradição, os usos dos povos e os exemplos historicos, e que GROCIO admittia, ao lado do direito internacional natural, um direito internacional *voluntario*, resultante de considerações de utilidade e do consentimento dos povos; mas, em GENTILE, a tradição, os usos e os exemplos historicos eram simples subsidio do trabalho racional e, em GROCIO, o direito natural era sempre a base e os seus preceitos não podiam ser contradictados pelo direito voluntario.

O predomínio dado por GROCIO ao direito natural foi transformado em exclusivismo por PUFENDORF <sup>1</sup> e THOMASIVS <sup>2</sup>.

PUFENDORF (1632-1694) e o seu discípulo THOMASIVS (1655-1728) contestaram o valor obrigatorio do direito internacional positivo, por os estados não reconhecerem um poder legislativo a elles superior, e identificaram o direito internacional com o direito natural, o qual é imposto por uma lei natural que dirige a natureza humana e é obrigatoria por si mesma e independente de considerações utilitarias e de imposições de qualquer poder.

Contra este exaggero idealista reagiram os proprios continuadores da *escola do direito natural*, WOLF <sup>3</sup> e o seu discípulo VATTEL <sup>4</sup>.

WOLF (1679-1754) reata a tradição grociana, pois, embora um dos principaes representantes da theoria do direito natural, já se occupa nos seus escriptos da pratica internacional e faz entrar na organização do direito das gentes quatro elementos; o *jus gentium naturale*, o *jus gentium voluntarium*, o *jus gentium pactitium* e o *jus gentium consuetudinarium*, o primeiro imposto pela propria natureza humana, o segundo resultante da reunião das nações em uma grande communitade, *civitas gentium maxima*, o terceiro derivado do consentimento dos povos expresso em tratados, e o quarto fundado no consentimento tacito dos costumes internacionaes.

VATTEL (1714-1767) segue WOLF e a sua obra, segundo declara, é uma reproducção da do mestre, distanciando-se, porém, delle no fundamento que assignala ao direito das

---

<sup>1</sup> *De jure naturae et gentium*, 1672.

<sup>2</sup> *Institutiones jurisprudentiae et gentium — Fundamenta juris naturae et gentium*, 1705.

<sup>3</sup> *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1749.

<sup>4</sup> *Le droit des gens*, pag. 103.

gentes voluntario. Para WOLF semelhante fundamento encontrava-se na subordinação de cada estado á republica geral dos estados, e para VATTTEL está no accordo dos estados livres e independentes.

Consequentemente, a theoria do direito natural continuava dominando o systema juridico das relações internacionaes, mas, a seu lado, iam-se legitimando preceitos derivados da convivencia dos estados, formulados pelos tratados e resultantes dos costumes. A nova tendencia vae accentuar-se e terá o seu momento de exclusivismo contraposto ao exclusivismo do direito natural.

O que em GROCIO, WOLF e VATTTEL era um elemento subordinado, appareceu como elemento preponderante em alguns escriptores ainda no seculo XVII e como elemento exclusivo em muitos auctores no seculo XVIII, entre os quaes sobresáem MARLY e MOSER, pela formação da *escola positiva* ou *historico-pratica*.

ZOUCH<sup>1</sup>, escriptor inglês do seculo XVII (1590-1660), deu ao direito internacional a designação de *jus inter gentes* e accentuou o seu caracter *positivo*, fazendo-o derivar do accordo das nações, havendo assim um direito internacional geral provindo do accordo de todos os estados e um direito internacional particular fundado nas convenções entre tal e tal estado.

Á mesma tendencia positivista obedeceu RACHEL<sup>2</sup> (1628-1691), que sustensou em polemica com PUFENDORF a independencia do direito internacional. Fundou-o nos costumes e nos tratados e tentou provar que o fim supremo do direito internacional era a utilidade que delle podiam tirar os estados.

---

<sup>1</sup> *Juris et judicii feccialis sive juris inter gentes et quaestionum de eodem explicatio*, 1650.

<sup>2</sup> *De jure naturae et gentium*, 1676.

Foi um precursor de BENTHAM, que, na logica do seu systema, tambem baseou o direito internacional na utilidade dos estados.

Os esforços de ZOUCH e RACHEL foram continuados por muitos pensadores e juristas e encontraram a sua fórmula extrema em MABLY <sup>1</sup> (1709-1785) e MOSER <sup>2</sup> (1701-1785).

Estes internacionalistas limitaram-se a estudar os factos da vida juridica internacional, isto é, a pratica e os tratados, e tentaram basear sobre elles a organização scientifica do direito das gentes, abstendo-se, porém, systematicamente de criticar os factos, pois que a sua critica, segundo MOSER, era inutil e deslocada.

O exaggerado empirismo da escola positivista provocou, porém, como era natural, ainda nos seus partidarios, um movimento de reacção no sentido de introduzir um certo espirito de critica na apreciação dos factos internacionaes.

O movimento foi iniciado pelo hollandês BYNKERSHOEK <sup>3</sup>. Delle partiu a primeira tentativa de união entre a escola positivista e a escola idealista, tentativa manifestada na sua theoria ácerca das fontes do direito internacional, pois que o fazia derivar dos costumes e da tradição, dos tratados e do trabalho da razão. No seu systema, a razão devia ser um auxiliar natural para resolver as questões relativas ao direito das gentes.

O movimento continuou progressivamente e conduziu a uma rigorosa constituição scientifica do direito internacional.

A escola idealista privara a sciencia do direito internacional da base positiva da realidade, e a escola historico-pratica tor-

---

<sup>1</sup> *Droit public de l'Europe*, 1747.

<sup>2</sup> *Grundsätze des jetzt üblichen europäischen Völkerrechts in Friedenszeiten*, 1750.

<sup>3</sup> *De foro légatorum*, 1727, e *Quaestiones juris publici*, 1737.

nara-a escrava da pratica dos estados e protectora dos seus defeitos e dos seus abusos. O movimento doutrinal dos fins do seculo XVIII e de todo o seculo XIX procurou firmar a dignidade daquella sciencia pelo accordo dos dados da experiencia e das especulações philosophicas.

Alguns escriptores viram a solução do problema numa combinação ecletica dos principios das duas escolas, numa conciliação dos elementos do direito natural com os do direito positivo. Era, contudo, um systema inconsistente, pois representava a ausencia dum criterio definido que servisse de base á organização scientifica do direito internacional. Os principios juridicos disciplinadores das relações entre os estados ou são um producto aprioristico da razão natural, que os formule independentemente de quaesquer dados de observação, ou representam um resultado da convivencia dos estados civilizados e constituem a condição da normalidade da sua coexistencia e cooperação. Um producto hybridado dos dois factores antitheticos, como os considerava o systema eclecticico, não podem ser evidentemente. O eclecticismo tinha de resolver-se, porisso, ou no velho idealismo que via no direito internacional uma applicação do direito natural ás relações dos povos, ou num positivismo scientifico, que, concebendo o direito internacional como uma realidade phenomenica, um producto natural da convivencia dos estados que se relacionaram por força dos progressos da civilização, observasse as suas manifestações nos usos e nos tratados, analysasse, classificasse e systematizasse os elementos collidos pela observação, comparasse os preceitos em vigor com as condições, reaes da vida internacional e com as necessidades da commuidade dos estados, para discriminar os anachronismos dos principios conformes ás condições sociaes dum determinado momento historico, e finalmente indicasse aos estados as modificações a introduzir na disciplina juridica das relações internacionaes.

Neste segundo sentido se foi rompendo o equilibrio eclectico, e, á parte um ou outro discipulo da escola do direito natural, os escriptores mais modernos, principalmente os escriptores allemães, baseiam os seus systemas doutrinaes nos factos da vida internacional, por elles formulam as normas da conducta reciproca dos estados e sobre elles exercem o seu trabalho de apreciação critica para traçar o caminho progressivo da sociedade internacional.

Para imprimir ao espirito scientifico esta orientação concorreram poderosamente as ideias de JORGE FREDERICO DE MARTENS (1756-1822), professor da Universidade de Goetuingue, o qual, com a publicação da sua obra principal — *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (1789), introduziu o methodo historico na sciencia do direito internacional, assignalou a esta sciencia a missão de, pela analyse e pela critica dos usos, dos tratados e dos exemplos historicos, estabelecer os principios reguladores das relações dos povos e traçou o caminho seguido pela escola moderna, a qual, mais ou menos desprendida das theorias do direito natural, deriva da evolução do direito internacional as regras que devem ser actualmente observadas pelos estados.

Estudar o direito positivo existente e indicar a linha do seu aperfeiçoamento em harmonia com as novas condições de existencia das sociedades, eis, segundo MARTENS, a missão da sciencia do direito internacional <sup>1</sup>. Por este criterio se orientaram e se vão orientando cada vez mais os internacionalistas, guiados pelo conceito de VANNI de que só na historia se affirma a realidade do direito, e convencidos de que só podem considerar-se preceitos de direito internacional as normas positivas derivadas da vontade commum dos estados revelada no costume ou formulada em tratados.

---

<sup>1</sup> BARTHÉLEMY, etc., *ib. cit.*, pagg. 103 e segg.

Effectivamente, firmou-se pouco e pouco o conceito de que a observação dos factos devia ser a base do estudo de todos os internacionalistas e prevaleceu por fim a ideia de que o direito internacional scientifico já não podia ser uma concepção puramente racional e *a priori*, mas a systematização e a critica do direito positivo já applicado e a sciencia positiva da previsão dos seus progressos bem como da indicação dos meios de dirigir as suas transformações.

Em verdade, segundo os conceitos que prevaleceram e hoje são correntes, a sciencia do direito internacional tem uma triplice missão a cumprir. Primeiro, organizar uma synthese dos principios positivos reguladores das relações internacionaes: depois, criticá-los, distinguindo os que se harmonizam e os que repugnam ás condições reaes da vida internacional; por ultimo, estudando e interpretando as necessidades da comunidade internacional, apontar a criação de novos institutos e indicar a pratica de novos preceitos para a melhor garantia dos interesses geraes num determinado momento historico das relações internacionaes.

Collocada assim num campo de verdadeiro relativismo, a sciencia do direito internacional não pode formular principios absolutos e immutaveis, mas deve fazer entrar sempre como coefficiente das suas conclusões o modo de ser da sociedade internacional sobre que recair a sua observação.

Nestas condições, o trabalho scientifico exercerá uma efficaz acção derigente e transformar-se-á num factor positivo do progresso das instituições do direito internacional.

8. Se bem que baseado nos factos e firmado na consciencia commum dos povos, o direito internacional não entrou sem protesto no quadro das sciencias juridicas, nem ahi se conserva pelo suffragio universal dos escriptores. Muitos lhe têm contestado a sua natureza juridica, vendo nelle apenas uma es-

pecie de moral das relações internacionaes e alguns tõem proposto que se abandone a expressão incorrecta — *direito internacional*, e se use um termo mais em harmonia com a sua natureza, dando-lhe AUSTIN a designação de «*moral internacional positiva*»<sup>1</sup> e chamando-lhe SIOTTO-PINTOR «*Scienza ethica das relações intersociacs*»<sup>2</sup>.

Indispensavel é, pois, inventariar os motivos que determinam a attitude destes escriptores e medir o valor dos seus raciocinios<sup>3</sup>.

É examinando o organismo juridico nacional, tal como elle funciona nos estados civilizados, e comparando-o com o que se passa na sociedade internacional, que, em geral, os escriptores combatem a existencia dum direito regulador das relações entre os estados.

Assim, nas sociedades nacionaes :

a) ha um poder soberano que formula o direito e lhe dá,

<sup>1</sup> WESTAKLE, *ob. cit.*, pag. 14.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pag. 167.

<sup>3</sup> FIORE, *ob. cit.*, pagg. 103 e segg.; PRADIER, *Traité de droit international européen et américain*, tom. I, pagg. 26 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 10 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 38 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 18 e segg.; LAWRENCE, *Principles*, pagg. 10 e segg.; SIOTTO-PINTOR, *ob. cit.*, pagg. 39 e segg.; MICHEL, *Contribution à l'étude de la sanction du droit international*, R. D. I., vol. XXIX, pagg. 113 e segg.; NYS, *Les origines*, pagg. 1 e segg., e *Le droit international*, I, pagg. 32 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, pagg. 72 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 18 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 33 e segg.; ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, pagg. 25 e segg.; GROPPALI, *I caratteri differenziali della moralità e del diritto*, Verona, 1901, pagg. 221 e segg., e *Il problema del fondamento intrinseco del diritto*, Torino, 1905; CAVAGLIERI, *I diritti fondamentali degli stati nella società internazionale*, 1906, pagg. 100 e segg., e *La consuetudine giuridica internazionale*, pagg. 1 e segg.; SCOTT, *The legal nature of international law*, no *American journal of international law*, vol. I, 1907, pagg. 931 e segg.; MARGINOTTI, *ob. cit.*, pagg. 53 e segg.; etc.

com o selo da sua auctoridade, a garantia da sua realização, e ha uma lei, um codigo, que dicta, dum modo claro, os seus preceitos obrigatorios ;

b) ha um tribunal que applica e interpreta os preceitos juridicos e define numa sentença executoria ou os direitos e obrigações duvidosos ou a responsabilidade dos perturbadores da ordem juridica ;

c) ha, finalmente, uma auctoridade coerciva que obriga ao cumprimento dos preceitos juridicos, triumphando pela força das resistencias dos individuos, e assegura a execução das sentenças proferidas pelo poder judiciario.

Ora tudo isto falta na sociedade internacional :

1.º falta um legislador soberano que dicte a lei aos estados, lhe imprima o cunho da sua auctoridade e formule com clareza um codigo internacional, pois que os mesmos estados não reconhecem um superior *commum* que exerça essas funcções ;

2.º falta um tribunal internacional obrigatorio e regularmente organizado que resolva os conflictos internacionaes ;

3.º falta uma sancção juridica, pois não existe uma força publica devidamente organizada que faça respeitar o chamado direito internacional.

Portanto, concluem, normas de conducta que um legislador não formula, um tribunal não applica e uma auctoridade não faz respeitar, não são preceitos juridicos, porque lhes faltam os caracteres geraes destes preceitos.

Ponderamos estas observações e procuremos determinar se ellas serão decisivas da condemnação do direito internacional como disciplina juridica.

9. O direito internacional não existe, porque falta um poder legislativo que o formule numa lei e lhe imprima o cunho da sua auctoridade, eis a primeira objecção.

Quem assim argumenta esquece a genese do direito, esquece as primitivas formas da sua manifestação, esquece a verdadeira função dos legisladores e até esquece a significação de muitos factos da vida internacional.

Esquece a genese do direito, pois que este não começou por uma declaração solemne dum poder legislativo, mas foi um producto da convivencia social e por muito tempo se conservou apenas nos costumes.

A vida social suppunha necessariamente um certo numero de condições indispensaveis á sua conservação e ao seu desinvolvimento. Os membros dos grupos sociaes respeitaram essas condições, e crearam e cumpriram preceitos de conducta que as garantissem. E esta tendencia dos grupos para o reconhecimento dum minimo de condições de vida collectiva, pela criação de normas de conducta social, foi a primeira manifestação do direito, força insita de todas as sociedades, que regula e garante as condições necessarias á sua conservação e ao seu desinvolvimento. É porisso que o direito existe sempre que a consciencia collectiva dum grupo social considera uma regra de conducta como norma necessaria das relações dos individuos do mesmo grupo. O direito appareceu muito antes dos legisladores e foi consuetudinario muito tempo antes de revestir a forma de lei escripta. E, desde que houve legisladores, não tiveram estes por missão crear arbitrariamente o direito, mas definir e declarar preceitos, cuja necessidade, clara ou confusamente, a consciencia social já sentia.

Consequentemente, da ausencia dum legislador soberano na sociedade dos estados, nada pode inferir-se contra a existencia do direito internacional. Tambem o direito nacional por muito tempo não foi legislado e, ainda hoje, as legislações mais ou menos admittem o costume como uma fonte de direito. O mais que podia concluir-se, era que o direito internacional se en-

contra num grau de desinvolvimento inferior relativamente ao direito nacional <sup>1</sup>.

Mas, mesmo essa inferioridade não é tão grande como á primeira vista podia parecer.

A convivência internacional e as relações dos estados são tão necessarias, que por muitas vezes os mesmos estados se tãem reunido em congressos e conferencias para definir os principios reguladores das suas relações, constantemente celebram tratados para regular os seus interesses communs, e são já muitos os casos em que tem sido reconhecida expressamente pelos governos a existencia do direito internacional. Assim: no congresso de Aix-la-Chapelle de 1818 declaram os soberanos que, nas suas relações com os outros estados, nunca se afastarão «da observancia rigorosa do direito das gentes»; no tratado de Paris de 30 de março de de 1856 admite-se a Turquia a participar das vantagens do *direito publico europeu*; os signatarios deste tratado affirmam, na declaração de 16 de abril do mesmo anno, a existencia do direito maritimo em tempo de guerra e procuram submetter, sob esse ponto de vista, as relações internacionaes a principios fixos; o tratado de 8 de maio de 1871, entre os Estados Unidos e a Inglaterra, para resolver pela arbitragem a questão do *Alabama*, decide que os arbitrios se dirijam pelos *principios do direito das gentes*; a lei italiana de 13 de julho de 1871, chamada das *garantias*, concede aos representantes dos governos junto da Santa Sé todas as prerogativas e immunidades que pertencem aos agentes diplomaticos *em harmonia com o direito internacional* <sup>2</sup>; e as Conferencias da paz de 1899 <sup>3</sup> e 1907 <sup>4</sup> concluem e assignam convenções

<sup>1</sup> DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 13 e segg.

<sup>2</sup> BONFILS, *ob. cit.*, pag. 13; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 8 e segg.

<sup>3</sup> Carta regia n.º 1 de 25 de agosto de 1900.

<sup>4</sup> LOUIS RENAULT, *Les deux conférences de la paix*, 1908, pagg. 13 e 71;

para a resolução pacifica dos conflictos internacionaes, *porque reconhecem a solidariedade que une os membros da sociedade das nações civilizadas e desejam alargar o imperio do direito e fortalecer o sentimento da justiça internacional*. A vida internacional impõe-se como uma condição de existencia dos estados civilizados e impõe a necessidade duma ordem juridica nas relações dos povos. Os congressos, as conferencias, os tratados, as declarações, são symptomas claros de que a força do direito se manifesta nas relações internacionaes, domina a vontade dos povos civilizados e procura uma organização regular.

10. Depois da falta dum legislador, impressiona alguns espiritos a ausencia dum tribunal que applique o direito internacional.

Ainda o empirismo a escurecer a função do tribunal na vida do direito e a não deixar interpretar rigorosamente as tendencias das sociedades modernas. O tribunal começou por ser apenas um *regulador* da força do individuo na defesa dos seus direitos, um assistente ao debate passado entre particulares, como o mostra o systema das *legis actiones* em Roma e o duello judiciario na idade média, e ficou sempre como um *declarador* do direito em casos singulares, e não como um creador de normas juridicas. O direito é anterior ao tribunal e não é deste que depende a sua existencia. «É essencial, escreve DESPAGNET, compenetrarmo-nos bem da ideia de que o direito positivo não se forma pelo concurso de tribunaes encarregados de o applicar, mas pelo assentimento geral em acceitar e cumprir as suas disposições. É em virtude deste

assentimento geral, reforçado pelo habito e pela educação num meio social determinado, que o direito conserva a sua auctoridade soberana e recebe a sua applicação ordinaria, o que lhe dá o character dum verdadeiro direito positivo. A intervenção dos tribunaes não é e não pode ser senão uma excepção, pois o seu poder nunca seria bastante para resistir a uma opposição absoluta das massas populares; não passa dum progresso de organização social, que permite á collectividade esclarecer, por meio de juizes, os casos de apreciação difficil e triumphar das resistencias dalguns ao direito geralmente admittido<sup>1</sup>. A adhesão aos preceitos do direito internacional pelo sentimento da sua necessidade, e não a existencia dum tribunal sentenciador na ordem internacional, é que lhe confere a natureza dum direito positivo. E provas de clara adhesão já nós as encontramos nos congressos, tratados e declarações acima citados, e outras encontraremos á medida que formos estudando os problemas do direito internacional.

Mas é tão significativo o assentimento commum aos principios do direito internacional, que, de longe, os estados têm recorrido á constituição de tribunaes de arbitragem internacionaes para a realização juridica dos conflictos entre elles levantados, na conferencia da paz de 1899 constituiram na Haya o *Tribunal permanente de arbitragem*, porque a arbitragem, que é o resultado da convicção de que o direito deve reinar nas relações internacionaes, se tornou cada vez mais frequente e o tribunal arbitral como que se transformou já numa instituição indispensavel á ordem internacional<sup>2</sup>, e na conferencia da

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag 46; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 16 e segg.

<sup>2</sup> Convenção n.º 1 de 29 de julho de 1899 (cit. carta regia de 25 de agosto de 1900), artt. 20 e segg., e convenção n.º 1 de 18 de outubro de 1907, artt. 41 e segg. (Logares cit. na nota 4 de pagg. 36 e 37).

paz de 1907 crearam o *Tribunal internacional das presas*, para resolver os conflictos suscitados, em casos de guerra maritima, pelas decisões proferidas pelos tribunales nacionaes sobre presas <sup>1</sup>.

Portanto : nem o tribunal deve considerar-se como a causa geradora do direito e, como tal, elemento decisivo da sua existencia, mas apenas como una das formas progressivas da sua organização, o que mostra que a sua falta na ordem internacional não seria motivo para contestar a existencia dum direito regulador das relações dos estados ; nem o tribunal deixa já de apparecer para resolver os conflictos levantados na pratica destas relações. Como aconteceu com as sociedades nacionaes, que substituiram progressivamente o tribunal á acção directa do individuo na defesa dos seus direitos, a sociedade internacional tende a substituir pela resolução pacifica da arbitragem e da justiça a resolução violenta dos conflictos de estados.

11. A falta duma sanção coactiva é, no pensar de muitos escriptores, HOBBS, PUFENDORF, SCHOPENHAUER, ARDIGÒ, AUSTIN, E. CIMBALI, GUMLOWICS, LAGHI, LASSON, SIOTTO-PINTOR, etc. <sup>2</sup>, a razão decisiva da inexistencia scientifica dum direito internacional. A sanção do poder é para elles o elemento caracteristico do preceito juridico, ou, no dizer de AUSTIN, a quinta essencia do direito, a condição *sine qua non* da sua existencia diferenciada das demais normas de conducta social. Não sendo acompanhados os preceitos do direito internacional daquella sanção, não são preceitos juridicos, mas simples preceitos de ordem moral.

---

<sup>1</sup> Convenção n.º 12 de 18 de outubro de 1907, artt. 3, 10 e segg. (RENAULT, *ob. cit.*, pagg. 144 e segg. ; *R., D., I.*, an. cit., pag. 688 ; *Rivista etc.*, an. cit., pag. 457).

<sup>2</sup> DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 42 ; GROPPALI, *ob. cit.*, pag. 222.

O raciocínio atravessa, assim, dois momentos, o da afirmação theorica de que a sanção do poder é o elemento differencial do direito, e o da observação pratica da falta dessa sanção na ordem internacional.

Ainda neste ponto nos parece que os impugnadores do direito internacional:

a) se determinaram por simples apparencias e exterioridades, em vez de analysarem a natureza intima do direito;

b) viram este no estado anormal da sua violação, em vez de o encararem no modo de ser regular da sua realização normal;

c) finalmente, não desceram á observação attenta e profunda dos factos da vida intersocial, para por elles verificarem o grau de força obrigatoria dos preceitos do direito internacional.

a) Levantar a sanção do poder á altura de elemento differencial e decisivo da existencia do direito, é adoptar um criterio empirico e superficial para a determinação da natureza do mesmo direito, pondo de parte a investigação scientifica da sua genese natural e da sua genese historica.

É commodo dizer que o direito existe quando uma sanção coactiva acompanha um preceito de conducta social, mas só o jurisconsulto superficial pode ficar satisfeito com semelhante doutrina. O critico, o homem de sciencia, o legislador, perguntam naturalmente quando e porque um preceito ha de ser revestido de sanção coactiva e quando e porque ha de deixar de o ser. E, diante da mudez duma theoria que não sabe responder-lhes, procuram certamente um criterio que melhor determine e differencie os preceitos juridicos.

E onde encontrá-lo? No arbitrio do legislador? Impossivel, porque as sociedades são factos naturaes e não productos artificiaes das velleidades do poder. Necessario é, pois, recorrer

a um criterio que se harmonize com o modo de ser das sociedades, como realidades historicas, na sua conservação e no seu desinvolvimento evolutivo. E deve ser, portanto, a observação attenta dos factos sociaes o processo natural para encontrar o indispensavel criterio.

Mostra a observação que as sociedades se conservam e desinvolvem pela existencia dum certo numero de condições que tornam possiveis as relações entre os individuos. O respeito mutuo da integridade physica do homem, o exercicio da actividade individual em ordem á aquisição dos meios de existencia, qualquer que tenha sido a forma primitiva da organização da propriedade, o respeito da integridade moral quando o desinvolvimento psychologico tornou delicada a sensibilidade e a affronta injuriosa pareceu um factor de perturbação e desordem, a boa fé na realização dos contractos e o cumprimento integral das obrigações convencionaes quando a divisão do trabalho, a differenciação das culturas, a localização das industrias e o progresso da civilização, multiplicaram e tornaram necessarias as relações economicas, todos os meios, em summa, que successivamente foram considerados indispensaveis á regularidade das relações sociaes, transformaram-se em outras tantas condições impreteriveis da conservação e do desinvolvimento das sociedades. Os grupos sociaes sentiram gradualmente a necessidade de manter e assegurar estas condições de existencia, crearam expontanea ou reflectidamente preceitos de conducta que as garantissem, attribuiram-lhes força obrigatoria e legitimaram a reacção contra aquelles que os violassem. Estes preceitos foram, afinal, os elementos formadores do direito, que é exactamente o principio regulador e a garantia das condições indispensaveis á conservação e ao desinvolvimento das sociedades; mas a reacção foi a sancção dada aos preceitos, e, porisso, não um factor, mas um producto das manifestações do direito. O direito existiu sempre que sobre con-

dições vitais da existencia social se crearam preceitos de conducta de cumprimento obrigatorio e a sancção coactiva só tem naturalmente apparecido nos casos singulares de violação desses preceitos. A coacção ou coercibilidade supõe e completa, mas não cria as normas juridicas. A coercibilidade, emfim, não é o direito, mas um meio de o tornar effectivo <sup>1</sup>.

Nem se pense que a reacção contra os violadores dos preceitos juridicos foi sempre confiada ao poder social. Como o provam as instituições juridicas das sociedades primitivas, semelhante reacção foi a principio deixada ao individuo ou á familia do individuo em quem se concretizava a violação. Como signal de progresso, o poder publico intervem, mas apenas para assistir ao debate entre os interessados, e só mais tarde ó que um tribunal mais ou menos regular chama a si o conhecimento da violação.

Consequentemente, o criterio discriminador dos preceitos juridicos, longe de se encontrar na sancção do poder, que não passa dum accidente da vida do direito, está no *character obrigatorio* dos preceitos cujo cumprimento foi considerado necessario á conservação e ao desinvolvimento das sociedades. Um preceito é, pois, juridico desde que assegura uma condição de existencia considerada pela collectividade como indispensavel á vida social num determinado momento historico e como devendo ser garantida por uma norma de conducta de character obrigatorio.

Basta, porisso, que a communidade internacional seja considerada como uma condição indispensavel da existencia progressiva das sociedades modernas, que as relações internacionais sejam disciplinadas por preceitos de conducta intersocial, e que, finalmente, os povos civilizados adhiram a esses precei-

---

<sup>1</sup> ANZILOTTI, *ob. cit.*, pag. 61.

tos, os cumpram ordinariamente e tenham esse cumprimento como obrigatorio para a conservação e desinvolvimento do grau de civilização que já atingiram, tres condições de existencia indiscutivel perante a lição dos factos e das proclamações solemnes dos governos, para se poder dizer que existe um direito internacional <sup>1</sup>.

b) Uma causa de erro dos impugnadores da existencia scientifica do direito internacional foi a circumstancia de attenderem antes aos momentos anormaes da violação do direito, e não preferirem encararem este na sua realização normal.

Effectivamente, quem se habituar a ver o direito nos litigios judiciarios, nas execuções forçadas, nas condemnações penaes, emfim, no systema de meios creados e empregados para triumphar das resistencias dos inadaptados, facilmente se convence de que a força vital do direito está na coacção. Todavia, proceder assim, é formar convicções por indicações accidentaes e, porisso, cair fatalmente em erros grosseiros. A verdade é que a vida juridica se realiza a todos os instantes nas relações sociaes, que continuamente se cumprem de modo espontaneo preceitos juridicos, e que o recurso ao tribunal é uma excepção relativamente rara e a sancção do poder um facto ainda mais raro, recurso e sancção estabelecidos pela sociedade para esclarecer pontos obscuros ou reparar perturbações transitorias da parte daquelles que não *adaptam* a sua conducta á conducta geral dos seus consociados. A quasi totalidade dos individuos respeita a vida, a propriedade, a honra dos seus semelhantes e cumpre os seus deveres juridicos sem a intervenção do tribunal e da força publica.

---

<sup>1</sup> CARNAZZA-AMARI, *Traité de droit international*, vol. I, pagg. 123 e segg.; OLIVI, *Diritto internazionale pubblico e privato*, pag. 20.

Portanto, o direito tem a sua realização normal na vida quotidiana e a sua manifestação anomala nos tribunales e no recurso á auctoridade, e sobre normalidades e não em anomalias é que devem basear-se as convicções scientificas. E, quem se deixar guiar pelas normalidades jurídicas da vida nacional, convence-se de que a sancção do poder é apenas uma revelação esporadica da vida do direito e não o seu elemento differencial, assim como a observação das relações dos estados na vida internacional certifica de que esta assenta e se passa dentro duma ordem juridica normal pelo convencimento geral de que representa uma necessidade commum e pelo cumprimento constante de preceitos derivados desse convencimento.

c) Mas os impugnadores do direito internacional, além de seguirem um criterio empirico na determinação dos preceitos juridicos e terem confundido o direito com as suas manifestações violentas e anomalas, ainda se esqueceram de que, na sociedade internacional, se falta uma sancção directa bem organizada do seu direito regulador, ha já elementos duma sancção indirecta bastante efficaz, já apparecem pronuncios da organização duma sancção directa e é visivel uma tendencia bem manifesta no sentido de acautelar e reparar pacificamente as violações desse direito.

Elementos duma sancção indirecta encontramos-os nas differentes circumstancias que desviam os estados da violação dos preceitos do direito internacional ou em virtude dos prejuizos que essa violação pode trazer-lhes ou das vantagens de que pode priva-los <sup>1</sup>.

Em primeiro logar, a possibilidade da guerra e o receio dos

---

<sup>1</sup> CARNAZZA-AMARI, *ob. cit.*, pagg. 123 e segg.; MICHEL KEREDGY, *R. D. I.*, vol. XXIX, pagg. 113 e segg. DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 40 e segg.

seus resultados hão de deter muitas vezes as perturbações da ordem jurídica internacional <sup>1</sup>.

Depois, a possibilidade de represalias mais ou menos tardias e a natural reacção immediata ou differida por parte das nações lesadas, são certamente um factor da honestidade dos estados na sua conducta internacional, porisso que semelhantes acontecimentos podem vir ferir os seus interesses num movimento natural de revindicta, ou immediatamente ou quando as circunstancias o permittam <sup>2</sup>.

Além disso, os estados que desejam fruir os beneficios re-

---

<sup>1</sup> BONFILS, *ob. cit.*, pag. 13.

<sup>2</sup> A reacção por parte do estado lesado pode effectuar-se por algum dos seguintes meios: a) as *represalias*, que são uma especie de *talião juridico* internacional, constituído por actos dum estado destinados a violar os direitos de outro estado, para fazer cessar ou para obrigar a reparar uma injustiça de que este se torne ou tenha tornado culpado; b) o *embargo*, uma fórmula especial de represalias, que consiste em um estado deter nos seus portos ou nas suas aguas territoriaes os navios mercantes doutro estado com que esteja em conflicto, para o compellir a prestar a reparação que seja devida e, em ultimo caso, proceder ao confisco dos mesmos navios, se por outro meio lhe não for dada essa reparação; c) o *bloqueio pacifico*, que consiste na intercepção, fóra do estado de guerra, das relações exteriores dum estado por meio de forças militares, e se destina a obrigar o estado bloqueado a reconhecer os direitos do estado bloqueante; d) a *guerra*, que é a decisão pela força das armas dos conflictos internacionaes. Estes meios de reacção são outros tantos elementos de sanção coactiva do direito internacional. E, como nota MARGHINOTTI, não pode negar-se-lhes esse character, por o exercicio de taes meios de coacção ser confiada aos estados interessados, pois todos os ramos do direito atravessaram uma phase em que a coacção era exercida pelos titulares do direito, nem o mesmo character de coacção se pode contestar ao bloqueio pacifico e á guerra, por se basearem na força, pela razão de que toda a coacção se basea afinal na força cujo uso é legitimado pela necessidade de reparar o direito violado, tornando effectivas as suas sanções. (MARGHINOTTI, *ob. cit.*, pagg. 60 e 61).

sultantes da comunidade internacional precisam evidentemente conservar-se nella e, portanto, cumprir os preceitos de direito sem os quaes semelhante comunidade se torna impossivel.

Ainda a solidariedade naturalmente estabelecida entre os estados que podem ser victimas de violações eguaes, a possivel resistencia commum de varios estados por meio de allianças ou colligações, as manifestações do corpo diplomatico, as advertencias ou a intervenção dos outros estados, os bons officios ou a mediação das potencias amigas, são outros tantos obstaculos para qualquer estado violar o direito internacional e constituem elementos da sua sanção.

Por ultimo, o direito internacional encontra uma nova forma de sanção na acção exercida pela opinião publica na vida social contemporanea. A influencia da opinião publica nas questões internacionaes, posta em relevo por JAEQUEMINS, CARNAZZA-AAARI, MICHEL KEBEDGY, DESPAGNET, CAVAGLIERI, etc., é tão decidida, que determina ordinariamente nos governos a preocupação de não procederem senão em harmonia com as regras do direito internacional ou, pelo menos, de procederem de modo, que não sejam accusados do desprezo completo dessas regras. Os frequentes manifestos de que as potencias fazem preceder em nossos dias as empresas susceptiveis de provocar as criticas dos outros estados, nota DESPAGNET, são verdadeiras justificações mais ou menos sinceras, perante o tribunal da opinião publica, ou para a preparar em seu favor ou para evitar os seus protestos. É que o poder da opinião publica é hoje um facto incontestavel e, emquanto traduz as manifestações da consciencia geral do mundo civilizado, impõe os seus dictames aos governos dos estados que vivem na sociedade das nações e provoca com os seus protestos a reacção contra as violações da ordem juridica internacional <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CAVAGLIERI, *L'opinione pubblica nelle relazioni internazionali*

Prenuncios da organização duma sanção directa do direito internacional, encontramos-os na intervenção collectiva das potencias para evitar ou reprimir violações dos preceitos desse direito, como aconteceu com a questão de Crêta (1895-1899), em que as potencias intervieram diplomatica e armadamente para assegurar o respeito do direito internacional na regularização da situação da ilha <sup>1</sup>, e por occasião da insurreição dos Boxers em 1900 e da feroz perseguição por elles promovida e levada a effeito contra os christãos e estrangeiros e contra as legações existentes em Pekim; perseguição que tambem determinou a intervenção diplomatica e armada das potencias, «para reprimir, como nota WEISS, um attentado sem exemplo contra o direito das gentes» <sup>2</sup>. Em ambos os casos se constitue e entra em acção um verdadeiro *poder internacional* para dar efficacia coactiva a preceitos reguladores das relações dos povos <sup>3</sup>.

É, pois, verdade que os preceitos do direito internacional, se não têm ainda uma sanção coactiva regularmente organizada, analoga, por exemplo, á das regras do direito privado nacional, não deixam de possuir garantias de realização. Se cada um dos elementos de sanção indirecta, só de per si, não representa uma sanção sufficiente, o conjuncto de todos ou obsta ás violações ou determina um certo *castigo* dos violadores, o que será motivo para evitar novas violações, e as primeiras revelações duma sanção directa são um signal evidente de que a consciencia geral do mundo civilizado vê

---

<sup>1</sup> BONFILS, *ob. cit.*, pag. 57; STREIT, *La question crétoise*, na *R. D. I. P.*, 1897, pagg. 61 e 446, 1900, pagg. 5 e 301, 1903, pagg. 222 e 345.

<sup>2</sup> BONFILS, *ob. cit.*, pag. 53; WEISS, *ob. cit.*, pag. 73; LATRADELLE, *Chronique internationale*, na *Rev. de droit pub. et sc. pol.*, 1903, pagg. 98 e segg.

naquelles preceitos mais alguma coisa do que simples regras de moral <sup>1</sup>.

Mas a sociedade internacional tão convencida está de que a sua existencia depende duma solida base juridica, que, á semelhança do que aconteceu nas sociedades nacionaes, se encaminha para organizar regularmente a garantia do seu direito. É o que manifestamente significa o desinvolvimento progressivo da arbitragem internacional e todo o movimento do espirito contemporaneo no sentido de dar á sociedade internacional uma organização tal, que as relações dos estados offereçam um aspecto cada vez mais pacifico e os seus possiveis conflictos sejam resolvidos pela justiça e não pela força.

12. De tudo que deixamos dicto resalta a solução que damos ao problema da existencia scientifica do direito internacional.

A commuidade internacional tornou-se uma condição de existencia necessaria á conservação e ao desinvolvimento dos povos civilizados.

Estes, conduzidos pelas correntes historicas que inutilizaram as tendencias para o estado universal e destruíram a possibilidade do isolamento, chegaram a um estadio de relações que encontra a sua expressão na já indicada e significativa fórmula — autonomia na solidareidade, convenceram-se de que precisavam de viver numa constante interdependencia, e, mediante a *manifestação tacita ou expressa da sua vontade*,

---

<sup>1</sup> Se os meios de coacção indicados não forem sufficientes para evitar ou reparar as violações do direito internacional, nem por isso este perde o seu character juridico, como não o perde o direito nacional pelo facto de, na vida interna dos estados, os tribunaes e o poder coactivo não poderem exercer sempre a sua acção contra os violadores da ordem juridica nacional. (MAREHUNORRI; *ob. cit.*, pag. 61).

normalizaram a sua conducta por preceitos communs cujo cumprimento assegura a persistencia regular da sociedade internacional.

Estes preceitos são evidentemente *juridicos* e *positivos*, pois foram creados para garantir uma condição vital dos povos modernos, assumiram na consciencia geral do mundo civilizado o caracter de normas imperativas da conducta reciproca dos estados, e encontraram na *vontade commum* dos mesmos estados o reconhecimento do seu caracter obrigatorio. Não são preceitos indifferentes á conservação e ao desinvolvimento das sociedades modernas, mas necessarios a este duplo aspecto da sua existencia. Assim se apresentam na convicção geral, assim se affirmam nas formas de sancção que deixamos apontadas, e assim se revelam na tendencia para assegurar cada vez melhor o seu cumprimento.

Affirmado nos costumes e formulado nos tratados, consagrado pelo assentimento e pela adhesão dos povos civilizados, realizado quotidianamente na pratica das relações intersociaes e até já em grande parte garantido contra os casos de violação tanto nas formas de sancção com que o vigoriza a consciencia commum, como na organização de tribunaes de arbitragem em que se procura uma solução justa dos conflictos entre os estados, o direito internacional destaca-se bem das normas *perfectivas* e *facultativas* da moralidade e manifesta claramente um caracter *obligatorio*. Embora lhe falte um *poder juridicamente organizado* que formule os seus preceitos e não o acompanhe normalmente uma *coacção-força physica* que imponha, nos casos de violação, o seu cumprimento, tem a constituição o *poder-vontade commum dos estados*<sup>1</sup> que lhe imprime

<sup>1</sup> Os internacionalistas, que consideram o direito internacional como um direito positivo derivado da vontade collectiva dos estados, e que

caracter obrigatorio, como um poder juridico real superior aos estados que expressa ou tacitamente estabelecem os seus preceitos, e a dar-lhe efficacia pratica os elementos de sancção acima referidos, que evolutivamente se traduziram e sempre mais se traduzirão no sentimento e na ideia do respeito das normas de conducta internacional necessarias á garantia das condições indispensaveis á conservação e desinvolvimento da communi-

representam a corrente moderna acerca da concepção da natureza daquelle direito, não são accordes no modo por que explicam como as normas adoptadas pelo vontade collectiva dos estados obrigam a cada um destes. Uns, com BELING, sustentam que a vontade geradora do direito internacional é a vontade da comunidade juridica dos estados, considerada como uma entidade superior a cada um dos mesmos estados; outros, com JELLINEK, partem do conceito de *auto-obrigação* e explicam a submissão dos estados aos preceitos do direito internacional pela liberdade que têm de determinar-se e de se obrigar para com os outros estados, de modo que a obrigação de cada estado deriva da *auto-limitação* da propria liberdade d'acção; outros, finalmente, com TRIEPEL, affirmam que a vontade de cada um dos estados singulares se funde e desaparece na vontade collectiva formada pelo concurso de vontades desses estados, a qual é differente e superior á vontade dos mesmos estados. A doutrina de BELING é inacceptavel, pois que a comunidade dos estados não tem uma personalidade juridica propria, e porisso não se lhe pode attribuir uma vontade superior á vontade dos estados. Não parece igualmente acceptavel a doutrina de JELLINEK, pois, se a força obrigatoria do direito internacional deriva para os estados dum mero acto da sua vontade, poderiam elles desonerar-se do cumprimento desse direito tambem por mero acto da sua vontade e sem incorrer em responsabilidade para com os outros estados. Ao contrario, a doutrina de TRIEPEL, que perfilhamos no texto, corresponde, a nosso juizo, á verdadeira situação dos estados na ordem internacional e justifica sufficientemente o caracter imperativo do direito internacional. Com effeito, a solidariedade e interdependencia dos estados obriga-os a manifestações reciprocas da sua vontade para regular as suas mutuas relações e disciplinar os seus interesses communs, a vontade reciproca dos estados

dade internacional<sup>4</sup>. Pode e ha de progredir nas formas de declaração, na espontaneidade do seu cumprimento e na defesa da violação das suas disposições, mas já não precisa de mudar de natureza para legitimar a sua entrada no quadro das sciencias juridicas. Repugnaria á realidade das coisas, notaríamos com VANNI, dizer que um tratado concluido entre dois ou mais estados constitue uma relação de pura moralidade positiva, ou que os tribunaes que examinam e dirimem controversias internacionaes em harmonia com principios de direito e segundo formas juridicas pronunciam sentenças de character moral.

É notavel o pensar de IHERING, um dos que mais valor dão á coacção como elemento do direito, quando affirma que o character juridico do direito internacional não poderia ser objecto duma duvida<sup>2</sup>, e são dignas de transcrever-se estas palavras de SAVIGNY: «Pode formar-se entre nações diferentes uma communitade de consciencia juridica analoga á que o direito positivo cria no seio dum só povo. Tal é a base do direito das gentes. Estamos auctorizados a considerar este direito como um direito positivo, posto que seja uma formação juridica ainda incompleta»<sup>3</sup>.

---

é, como nota DIENA, mais alguma coisa do que a somma das vontades dos mesmos estados, e, porque se propõe formular normas de valor internacional, é uma vontade, não só diferente, mas superior á vontade dos estados singulares. A vontade commun dos estados apparece, assim, como órgão dos interesses communs dos mesmos estados, creando normas reguladoras desses interesses e superiores á vontade de cada um dos estados, para ser possivel a estabilidade e eficaz garantia dos mesmos interesses. (DIENA, *ob. cit.*, pagg. 8 e segg.; MARGHINOTTI, *ob. cit.*, pagg. 151 e segg.; ANZILOTTI, *ob. cit.*, pagg. 71 e segg.).

<sup>1</sup> CARNAZZA-AMARI, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 127 e segg.; VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, pagg. 89 e 199; GROPPALI, *Filosofia del diritto*, pagg. 190 e segg.

<sup>2</sup> *Zweck in Recht*, I, pag. 223.

<sup>3</sup> *Système de droit romain* vol. I, § 11.

\*

Não é diferente a opinião de VANNI, que no dizer de GROPALI viu a verdadeira solução do problema, quando escreve: «Se por um lado o direito internacional está nas mesmas condições em que se encontra o direito de cada povo antes de attingir o seu pleno desinvolvimento, representando, porisso, uma formação [incompleta e imperfeita, por outro lado não pode affirmar-se que elle permanece nos dominios da moral, pois que no curso da evolução se observa a realização dum processô, pelo qual as normas reguladoras das relações entre os estados foram assumindo caracteres taes, que já não ó permittido confundí-las com a ethica»<sup>1</sup>.

Concluiremos, com IHERING, que não pode duvidar-se da natureza juridica do direito internacional, embora pensemos, com SAVIGNY e VANNI, que elle dão attingiu ainda o seu pleno desinvolvimento.

---

<sup>1</sup> *Gli studii di H. Sumner Maine*, pag. 72, e *Lezioni cit.*, pagg. 88 e 199.

### § III

## Fontes do direito internacional <sup>1</sup>

### DIVISÃO I

#### Direito internacional consuetudinario

SUMMARIO : — 13. Caracter geral das fontes do direito internacional. Sua classificação: o costume e os tratados. — 14. *Costume*. Noção e caracteres geraes. — 15. Importancia, vantagens e funções do direito internacional consuetudinario. — 16. Meios de verificar a existencia e o alcance do costume internacional. — 17. Extensão da força obrigatoria do costume como modo de formação do direito internacional.

13. Baseado na existencia necessaria da commuidade internacional como condição de vida dos povos modernos e firmado

---

<sup>1</sup> DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 247 e 510 e segg.; CALVO, *ob. cit.*, vol. 1, pagg. 134 e segg., e 158 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 79 e segg.; PRÉDILÉVRE, *Précis de droit international public*, vol. 1, pagg. 20 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 63 e 527 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 22 e 455 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, vol. 1, pagg. 78 e segg.; e vol. II, pagg. 459 e segg.; RIVIER, *Principes de droit des gens*, vol. 1, pagg. 27 e segg.; LAWRENCE, *Principles of international law*, pagg. 91 e segg.; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Principios de direito internacional*, Rio de Janeiro, 1902 e 1903, tom. 1, pagg. 5 e segg.; NYS, *ob. cit.*, 1, pagg. 144 e segg., e III, pagg. 18 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 52 e segg., e

na consciencia geral do mundo civilizado pelo assentimento *commun* em acceitar e cumprir os seus preceitos, o direito internacional tem como modos de formação as manifestações daquelle assentimento.

Duas são fundamentalmente essas manifestações — o assentimento tacito no *costume* e o assentimento expresso nos *tratados*. Sem um poder superior que dicte os preceitos da sua conducta reciproca, os estados só por algum daquelles processos podem formar normas disciplinadoras das suas relações.

Autonomos e solidarios, relacionam-se sem se subordinarem e regulam as suas relações por preceitos derivados da sua *vontade commun*, e esta não tem outros reveladores positivos além da pratica consuetudinaria e da declaração expressa numa convenção formal <sup>4</sup>.

---

501 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, I, pagg. 79 e segg.; ANZILOTTI, *ob. cit.*, pagg. 37 e segg.; ICILIO VANNI, *Lezioni*, pagg. 81 e segg.; BLUNTSCHLI, *Droit international codifié*, §§ 402 e segg.; FIORE, *Diritto internazionale codificato*, artt. 614 e segg.; ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pagg. 28, 101 e segg., e 313 e segg.; CAVAGLIERI, *La consuetudine giuridica internazionale*, Padova, 1907; WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 274 e segg.; MARGHINOTTI, *ob. cit.*, pag. 145; DIENA, *Considerazione critiche su alcune teorie del diritto internazionale*, pag. 5; Sr. JOSÉ D'ALMEIDA, *Direito Internacional Publico*, pagg. 115 e segg.

<sup>4</sup> MARGHINOTTI, reconhecendo, com os escriptores mais modernos, que o direito internacional positivo é um producto exclusivo da vontade dos estados, assigna-lhe como unica fonte *directa* a mesma vontade dos estados e considera o costume e os tratados como fontes *indirectas* dos seus preceitos. Não vemos, porém, motivo para assim distinguir entre fontes directas e indirectas, pois, embora a vontade dos estados seja o poder gerador das normas do direito internacional, e o costume e o tratado sejam meios da sua manifestação, a verdade é que pelo costume e pelo tratado a vontade dos estados se afirma *directamente* para a constituição do direito internacional e que por nenhum outro meio essa manifestação se pode realizar (MARGHINOTTI, *ob. cit.*, pag. 149 e segg.).

14. O costume internacional representa a expressão tacita do accordo dos estados em se submeterem a preceitos obrigatorios communs reguladores das suas relações.

Este accordo revela-se pela pratica continuada e *reciproca* de actos semelhantes. Quando os estados civilizados, em circunstancias identicas, procedem de modo similar e este procedimento se repete sempre que cada um delles se encontra nas mesmas condições, revelando a convicção da necessidade juridica duma norma de conducta internacional, está constituido o costume, está formado um preceito de direito internacional consuetudinario.

A existencia do costume exige, pois, continuidade e reciprocidade dos actos que o constituem. Continuidade, para a sufficiente expressão da vontade dos estados; reciprocidade, para traduzir a consciencia commum dos mesmos estados e mostrar que elles adherem e reconhecem valor juridico a uma dada norma das relações internacionaes. Em taes condições, o costume revela uma tendencia da comunidade internacional, pois representa a convergencia espontanea dos estados para uma conducta commum, e satisfaz uma exigencia das relações intersociaes, porque disciplina a acção mutua dos mesmos estados em alguma das manifestações da interdependencia em que a civilização os collocou.

15. O costume internacional tem exercido uma funcção de-  
veras importante na formação do direito internacional e apresenta qualidades que convem accentuar para bem medir o seu valor como fonte deste direito.

A importancia da sua funcção claramente se depreende do facto de muitos principios fundamentaes e muitas instituções do direito internacional a elle deverem a sua orlgem e ainda hoje encontrarem no accordo tacito dos estados a garantia do seu reconhecimento e da sua observancia. As regras do

direito internacional relativas á força obrigatoria dos tratados, á situação dos embaixadores, aos direitos dos soberanos em país estrangeiro, ao commercio maritimo internacional, ao direito da guerra, etc., são outras tantas formações do costume, que põem em relevo o seu valor pratico. «Pode dizer-se sem exaggero, escreve Nys, — os principios fundamentaes da ordem internacional assentam sobre os usos dos estados»<sup>1</sup>.

Mas, se abundante nas suas regras, o direito internacional consuetudinario tem incontestaveis vantagens que explicam a sua auctoridade e a sua força obrigatoria. Antes de mais, o costume, representando o concurso espontaneo dos estados civilizados para a fixação de regras de conducta internacional, assenta evidentemente na consciencia commum da reciprocidade dos interesses das nações e mostra que estas são dominadas pelo respeito commum do direito, o que dá aos preceitos consuetudinarios um decidido valor e garante efficazmente o seu cumprimento. Além disso, o costume apresenta a susceptibilidade dum progresso regular e continuo, podendo as suas regras acompanhar o movimento das ideias e dos factos e accommodar-se ao progresso da civilização e ás exigencias mudaveis da vida internacional. É a facilidade da evolução progressiva, na qual o costume internacional reflecte a acção dos factores moraes e scientificos que vão aperfeiçoando a vida dos nações.

Esta evolução progressiva opera-se mediante dois processos em que se realiza a funcção do costume: o processo da *creação* de preceitos juridicos novos que võem satisfazer exigencias tambem novas da vida internacional; e o processo da *revogação* dos preceitos juridicos existentes, quando a mudança das cir-

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag. 149.

cunstanças aconselha aos estados um procedimento differente do seguido até então.

16. A par com as suas reconhecidas vantagens, tem o costume o inconveniente da incerteza e da falta de precisão, sendo muitas vezes difficil provar a existencia duma regra consuetudinaria e determinar com exactidão o seu alcance e a sua extensão. Semelhante inferioridade, justificando o receio de que os estados, em obediencia á pressão das circumstanças politicas ou á suggestão dos seus interesses, possam negar a realidade duma regra estabelecida pelo costume ou contestar o seu teor, torna necessaria e interessante a investigação dos meios de verificar a existencia e o alcance das regras do direito internacional consuetudinario.

Em primeiro logar, a historia das relações internacionaes será um auxiliar precioso para essa verificação, enquanto indica tanto a direcção do movimento geral das relações dos estados como a pratica por estes seguida nas differentes ordens de relações.

Depois, a historia dos tratados, que marcam muitas vezes o termo da evolução dum costume internacional, o exame dos documentos trocados pelos estados e que precedem, acompanham ou interpretam os mesmos tratados, a analyse dos papéis emittidos pelas chancellarias e relativos á acção internacional de cada estado, são elementos uteis para a determinação rigorosa dum costume internacional. A consulta destes documentos está hoje facilitada pela publicação, principalmente nos países de regimen parlamentar, de grande parte das peças e correspondencias diplomaticas em livros especiaes, que os governos costumam apresentar ás camaras legislativas e que habitualmente se designam pela côr da capa, chamando-se em Portugal o *Livro branco*, em França o *Livro amarello*, na Inglaterra e *Livro azul*, na Italia o *Livro verde*, na Austria o

*Livro vermelho*, na Allemanha o *Livro branco*, etc. Convem, todavia, usar com prudencia destes livros, pois que elles nem sempre aprezentam todos os documentos relativos a um negocio e por vezes podem deixar no escuro a verdade diplomatica <sup>1</sup>.

Elemento de apreciação é egualmente o complexo de manifestações da actividade do estado denominado pratica internacional, ou o modo de proceder do estado nas relações com os outros estados, sendo, como é, de presumir que esse procedimento seja conforme ao direito internacional.

Ainda o direito interno, legislado ou consuetudinario, bem como os julgados dos tribunaes internos, podem facilitar a determinação do costume internacional. Com effeito, o direito interno dispõe muitas vezes sobre materias respeitantes ás relações internacionaes, como acontece relativamente ás prerogativas diplomaticas, aos direitos dos consules, á condição dos estrangeiros, etc., o que muito bem pode significar a manifestação da vontade dos estados para a acceitação dum preceito de direito internacional. Basta para isso que se verifique que semelhantes normas de direito interno revelam a vontade reciproca dos estados para a criação de normas obrigatorias da sua conducta internacional. Do mesmo modo os tribunaes nacionaes frequentemente resolvem questões de character internacional, como questões de presas, de direito maritimo, etc. Ora a applicação uniforme e constante pelos tribunaes de varios estados de principios de direito respeitantes ás relações internacionaes poderá por certo ser valioso elemento de prova do direito internacional consuetudinario pelo que respeita á sua existencia, alcance e interpretação.

Por ultimo, as obras dos jurisconsultos e os trabalhos dos

---

<sup>1</sup> DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 66; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 28; PIÉDELIEVRE *ob. cit.*, pag. 22.

publicistas, que observam e interpretam os factos da vida internacional, analysam e criticam os preceitos seguidos na pratica dos estados, offerecerão ensinamentos valiosos para definir e apreciar os costumes internacionaes.

17. As regras consuetudinarias formadas pela pratica dos estados civilizados obrigam naturalmente aquelles estados que com os seus actos concorreram para as produzir.

Mas limitar-se-á a elles a sua força obrigatoria ou abrangerá os que, não tendo participado na sua criação, venham a encontrar-se mais tarde numa situação semelhante á que levou os demais estados ao seu estabelecimento? Se esses estados por qualquer modo reconhecerem a existencia de taes regras, evidentemente que estas são para elles obrigatorias. Mas, dada a significação dos costumes internacionaes, que representam a expressão da consciencia juridica dos povos, constituem a parte do direito internacional geralmente aceita e formam a ordem juridica em que assenta a conservação da comunidade internacional, a sua força imperativa estende-se a todos os estados que dessa comunidade fazem parte e nella querem manter-se como meio indispensavel á sua conservação e ao seu desinvolvimento. É assim que, notam alguns escriptores <sup>1</sup>, os estados interiores devem respeitar o direito internacional maritimo e, quando um dia se tornem estados maritimos por um alargamento territorial ou por qualquer outra circumstancia, serão obrigados a cumprir os preceitos desse direito. Em todo o caso, o simples facto de os estados, que não concorreram para a formação dos costumes internacionaes, entrarem na comunidade internacional e nella quererem conservar-se representa a adhesão desses estados aos principios do direito em que as-

---

<sup>1</sup> DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 64; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 23.

senta a mesma communidade, e por isso se pode dizer que o costume internacional obriga os estados que o formaram ou que a elle prestaram a sua adhesão, verificando-se assim o principio de que a força obrigatoria do direito internacional apenas deriva da vontade commum dos estados.

## DIVISÃO II

### Direito internacional convencional

SUMMARIO: — 18. Conceito geral de tratado. Suas designações. — 19. Condições de existencia e de validade dos tratados. I Condições intrinsecas: α) capacidade dos estados contractantes; β) objecto dos tratados; γ) consentimento. — 20. II Condições extrinsecas: forma dos tratados e seu valor. — 21. Classificação dos tratados sob o ponto de vista da formação do direito internacional. Tratado-*contracto* e tratado-*accordo*. — 22. Tratados reguladores de direitos e interesses dos estados e tratados declaradores de preceitos de direito internacional — 23. Desenvolvimento progressivo do direito internacional convencional. — 24. Amplitude da força obrigatoria dos tratados.

18. O segundo modo de formação do direito internacional é constituído pelos *tratados*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O texto dos tratados tem sido publicado em collecções tanto geraes como particulares de certos países, sendo o numero das collecções já bastante consideravel. Para facilitar o estudo do direito internacional convencional, indicaremos as principaes collecções geraes e as particulares referentes a Portugal.

Collecções geraes:

1.º) *Le corps universel diplomatique du droit des gens*, compreendendo os tratados concluidos desde 800 até 1730, publicado de 1726 a 1731 por JEAN DUMONT e completado por BARBEYRAC e JEAN ROUSSET.

2.º) O *Codex juris gentium recentissimi* de WENCK (Leipzig, 1781 a 1788), contendo os tratados celebrados desde 1735 a 1772.

3.º) O *Recueil général des traités*, começado por G. F. DE MARTENS em

O tratado é o accordo expresso entre estados, destinado a determinar e regular as suas relações.

Representa, porisso, o tratado a expressão nitida da natureza do laço *constitucional* que liga os estados no exercicio da sua actividade commum, sendo a forma natural de regular as relações dos organismos politicos que, embora ligados pela solidariedade dos seus interesses e das suas tendencias, con-

---

1791 e continuado por muitos publicistas, em ultimo logar por SAMWER, HOFF e STOERK, com o titulo de *Nouveau recueil général des traités*, o qual contém em series successivas os principaes tratados celebrados de 1761 até ao presente.

4.º) Os *Archives diplomatiques*, publicados desde 1880 sob a direcção de RENAULT, que contém preciosas indicações acerca das relações diplomaticas.

5.º) O *Stats archiv*, publicado na Allemanha desde 1861.

6.º) O *Recueil international des traités du XX.<sup>e</sup> siècle, contenant l'ensemble du droit conventionnel entre les États et les sentences arbitrales*, publicado por DESCAMPS e RENAULT, de que já appareceram dois volumes, relativos aos annos de 1901 e 1902.

Collecções portuguezas :

1.º) O *Quadro elementar* e o *Corpo diplomatico portuguez* do VISCONDE DE SANTAREM, o qual empreendeu colligir tudo quanto tinha referencia ás relações politicas e diplomaticas de Portugal com os outros estados desde o principio da monarchia.

2.º) A *Collecção de tratados, convenções, contractos e actos publicos, celebrados entre Portugal e os demais estados desde 1640*, compilados, coordenados e annotados por J. F. BORGES DE CASTRO. Esta collecção é constituída por oito volumes e abrange os tratados celebrados até 1857.

3.º) O *Supplemento á collecção de tratados, convenções, etc.*, publicado por J. F. JUDICE BIKER em 22 volumes e que abrange até 1840.

4.º) A *Collecção de tratados da India*, publicada pelo auctor do *Supplemento* em 14 volumes e abrangendo até 1887.

5.º) A *Nova collecção de tratados, convenções, contractos e actos publicos*, compilados por ordem do ministerio dos negocios estrangeiros, que começou a publicar-se em 1890 e é destinada á compilação dos tratados, etc.

servam a sua liberdade de acção e a sua autonomia soberana.

Se bem que se empregue a palavra *tratados* num sentido generico para designar quaesquer accordos entre os estados tendentes a crear entre elles relações juridicas, usa-se, comtudo, a mesma palavra numa accepção mais limitada, como significando os accordos mais importantes pelo seu objecto,

---

posteriores a 1840. Ainda só foram publicados cinco volumes, que abrangem de 1840 a 1879.

Os tratados posteriores a esta data podem ser lidos, até 1889, no *Diario do Governo*, ou na *Collecção Official de Legislação*, e, dahi em diante, nos mesmos logares e bem assim no *Anuario diplomatico e consular*, que os vae publicando á medida que elles são ratificados.

Por portaria de 1 de dezembro de 1888 foi encarregado o ministerio dos negocios estrangeiros de publicar, além da *Nova collecção de tratados*, uma synopse annual dos actos em vigor, contendo a menção da natureza do acto, a sua data e a do começo de execução, pagina do tomo da *Collecção de tratados*, da *Collecção official de legislação* e do numero do *Diario do Governo*, em que se ache, e bem assim do *Livro branco* que contenha os documentos da sua negociação. A ultima synopse publicada é de 1901, a qual contem a indicação dos tratados, convenções e actos publicos celebrados entre Portugal e os demais estados e que não foram denunciados ou expressamente revogados até 31 de dezembro de 1900. A synopse é destinada a facilitar a consulta dos tratados e actos publicos em vigor.

O conhecimento dos tratados é tão importante, que por varias vezes o Instituto do direito internacional, e ainda na sessão de Genebra de 1892, propôs a criação dum officio internacional, dotado pelos estados e encarregado de publicar os tratados e os documentos diplomaticos que lhe fossem communicados pelos governos. Todavia, esta indispensavel instituição ainda não foi organizada, embora della já se occupasse uma conferencia diplomatica reunida em Berne em 1894, o que torna muitas vezes difficil o conhecimento prompto, completo e certo dos tratados e dos documentos diplomaticos. (Vid. DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 72; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 73).

pelo numero de estados que nelles tomam parte ou pela variedade de objectos a que se referem, assim como se usam outras expressões ou para designar os accordos de menor importancia ou aquelles que revestem um caracter particular. Essas expressões são: 1.º) *convenção*, que designa o accordo que tem por objecto questões especiaes e de caracter mais economico ou juridico do que politico, como o commercio, a navegação, a propriedade litteraria ou industrial, as attribuições dos consules, etc.; 2.º) *declaração*, que designa o accordo resultante da manifestação da vontade dum estado em harmonia com a manifestação da vontade doutro ou de mais estados, quer os estados interessados afirmem no mesmo acto quer afirmem em actos differentes a sua vontade commum sobre certos assumptos; 3.º) *capitulação*, que, significando etymologicamente um acto redigido por capitulos, exprime, em direito internacional convencional, o accordo que concede aos subditos dum estado certos direitos ou privilegios num outro estado e, numa accepção mais restricta, designa as convenções consulares com o imperio Ottomano e, por imitação, com os outros estados do Oriente, que tambem são convenções em que se concedem direitos e privilegios aos subditos dos países christãos; 4.º) *cartel*, que designa em geral o accordo negociado por agentes de ordem administrativa ou por commandantes do exercito sobre negocios particulares e secundarios ou urgentes e por uma delegação do seu governo ou em virtude de poderes inherentes ás suas funções, indica habitualmente um pacto concluido entre belligerantes ácerca da troca ou resgate de prisioneiros, levantamento de feridos, suspensão de armas, etc.; 5.º) *compromisso*, que exprime o pacto pelo qual é submittido a resolução arbitral um conflicto pendente entre dois ou mais estados; 6.º) *acto geral* ou *acto final*, que indica o accordo internacional por que acaba um congresso ou uma conferencia; 7.º) *protocollo*, que designa o accordo resultante de dois ou mais es-

tados assignarem, acceitarem e ratificarem o processo verbal que contem os resultados obtidos ou as deliberações tomadas no curso das negociações sobre uma determinada questão; 8.º) e *união*, mais geralmente *tratado de união*, por que se intende o tratado colectivo em que um grupo maior ou menor de estados formula principios reguladores duma determinada ordem de relações internacionaes. Das designações apontadas, as mais geraes são as de tratado e convenção, que, apesar da differença acima estabelecida, se empregam muitas vezes indistinctamente.

19. A existencia dum tratado depende da conjugação de tres elementos: 1.º) um *elemento subjectivo* constituido pela concorrência das vontades de dois ou mais estados que entre si pretendem estabelecer uma relação juridica contractual; 2.º) um *elemento objectivo* formado pelos interesses a que respeita essa relação; 3.º) e um *elemento productivo* representado pela *acção* ou manifestação daquellas vontades para accordermente crearem um vinculo juridico. Desde que se reunam estes tres elementos, dão-se as necessarias condições de existencia dum tratado, o qual terá validade juridica desde que os estados tenham *capacidade* para o celebrar, desde que o seu *objecto seja possivel* e desde que os mesmos estados prestem o seu *consentimento* pela *forma* estabelecida pelo direito internacional. Importa, porisso, estudar as condições de existencia e de validade juridica dos tratados, tanto as condições intrinsecas, ou os elementos sem os quaes um tratado não é possivel e que são a concorrência de estados capazes, a existencia de objecto possivel e a prestação do consentimento, cemo as condições extrinsecas, ou a forma que o tratado deve revestir.

a) CONDIÇÕES INTRINSECAS:

1.º *Capacidade dos estados contractantes.* A celebração de

tratados é uma das manifestações da soberania do estado e, por isso, são capazes para essa celebração todos os estados que tiverem a posse plena da soberania, e deixarão de o ser mais ou menos aquelles que da mesma soberania estiverem também mais ou menos privados.

Nas suas mutuas relações, apresentam-se os estados como personalidades juridicas exercendo direitos e contraíndo obrigações, com uma capacidade juridica semelhante á dos individuos nas relações privadas.

Semelhante personalidade pertence aos estados e não aos seus chefes ou aos agentes diplomaticos, que não são mais que seus representantes, e é regida por um principio de egualdade em harmonia com a organização actual da comunidade internacional, que apparece como a união *livre* dos estados para a consecução de fins communs e dentro da qual os mesmos estados se devem tratar como eguaes em todas as suas relações.

A personalidade internacional do estado baseia-se na *soberania* ou o direito de o mesmo estado se organizar e governar, bem como de dirigir as suas relações exteriores, independentemente da subordinação a um poder superior que superintenda na sua vida interna ou externa.

A soberania nacional apresenta duas manifestações capitales, geralmente designadas pelas expressões — soberania ou autonomia *interna* e soberania ou autonomia *externa*. A soberania ou autonomia interna manifesta-se nas relações estabelecidas entre o poder social e os membros da associação, exerce-se dentro dos limites do territorio e consiste no poder de uma nação se organizar e governar pelo modo mais consentaneo ás necessidades da sua conservação e do seu desinvolvimento. A soberania ou autonomia externa manifesta-se nas relações exteriores do estado e revela-se no direito de este se afirmar como pessoa independente em face dos outros estados, de se

fazer representar junto delles por agentes diplomaticos, de enviar e nomear agentes consulares que nas nações estrangeiras defendam os seus interesses sociaes e protejam os seus nacionaes ahi residentes ou de passagem, de receber agentes diplomaticos e consulares dos outros estados, de *celebrar tratados*, de declarar a guerra, de fazer a paz, de exigir o respeito do seu territorio e dos interesses nacionaes, de mostrar, em summa, que não reconhece um poder superior arbitro das relações internacionaes <sup>1</sup>.

A celebração de tratados é assim uma das funcções da soberania externa, sendo para ella capazes ou incapazes os estados segundo possuam ou não essa forma de soberania <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Convem observar que a soberania do estado é naturalmente limitada pelo respeito devido aos direitos dos outros estados e pelas exigencias geraes da communitade internacional. A soberania, em vez dum poder absoluto, é mais a liberdade d'acção na organização e governo interno, e bem assim nas relações externas conjugada com o dever juridico de não violar os direitos eguaes dos outros estados e de cumprir as obrigações impostas pelas exigencias da communitade internacional.

<sup>2</sup> A soberania externa pode ser exercida de formas differentes segundo o modo de ser do estado nas relações internacionaes, o que exige o conhecimento da influencia que essas variantes podem exercer sobre a capacidade dos estados para a celebração de tratados. Importa, pois, fazer a classificação dos estados sob o ponto de vista do direito internacional, para bem precisar quando e como elles podem assumir obrigações convencionaes.

A classificação pode ser referida ou ao a) *modo de exercicio* da soberania ou ao b) *grau de posse* da mesma soberania.

a) Sob o primeiro aspecto, são os estados *simples* ou *compostos*, segundo se apresentam como organismos *unitarios* com poderes politicos centraes que exercem livremente e de modo pleno tanto a soberania interna como a soberania externa, ou apparecem como a *união* de estados ligados por laços mais ou menos intimos no exercicio da soberania, união

2.º) *Objecto dos tratados.* Os tratados podem recair sobre todos os interesses, de ordem publica ou de ordem privada, que possam ser materia de relações internacionaes. Deve, porém, o objecto dos tratados satisfazer a certas condições de validade juridica, que se resumem na *possibilidade physica, juridica e moral* dos mesmos tratados.

A possibilidade physica constitue evidentemente uma condi-

---

que pode revestir as quatro formas de *união pessoal, união real, confederação de estados e estado federal.*

O *estado simples*, porque exerce integralmente a soberania interna e externa, tem plena capacidade de celebrar tratados, bem como de dirigir as relações exteriores.

Na *união pessoal* (v. g. Belgica e Congo) os estados estão ligados pelo laço puramente *exterior e temporario* da communidade dum soberano ou duma dynastia reinante, formam tantas personalidades internacionaes quantos são os estados unidos, conservam integralmente a soberania interna e externa, e porisso podem celebrar tratados livre e separadamente.

Na *união real* (Austria-Hungria) os estados unidos formam uma associação *permanente* ou por uma disposição expressa das suas constituições ou em virtude dum accordo entre elles realizado. Conserva cada um delles a sua soberania interna e tem porisso a faculdade de se organizar e governar com liberdade e independencia, mas a soberania externa identifica-se na pessoa do chefe commun, formando todos uma só personalidade internacional, por maneira a haver um estado unico para o effeito das relações internacionaes. Só á união compete porisso a celebração de tratados.

A *confederação* (v. g. a antiga Confederação Germanica) forma-se quando varios estados, conservando a sua autonomia interna e externa, *accordam* em constituir, com character permanente, um governo central (congresso ou dieta) formado de representantes diplomaticos desses estados, governo distincto do governo de cada um dos mesmos estados e com as attribuições indicadas no *pacto federal*. Estas attribuições referem-se, em regra, exclusivamente á defesa militar e aos negocios externos, podendo mesmo deixar de estar concentrado no governo da

ção de validade dos tratados, não podendo deixar de considerar-se como nullo um tratado pelo qual um estado se obrigue a praticar actos que estejam acima das suas forças.

A possibilidade juridica consiste na compatibilidade do tratado com os deveres juridicos dos estados contractantes para com os outros estados, faltando, por exemplo, tal possibilidade num tratado em que uma das partes se obrigasse a invadir,

---

confederação tudo que respeita ás relações externas, e, em tal caso, estas serão tambem dirigidas por cada um dos estados confederados. Na confederação, portanto, porque os estados confederados conservam a soberania externa, são personalidades internacionaes, podem dirigir as relações exteriores sempre que esse exercicio não esteja confiado ao poder central, e podem portanto celebrar tratados na medida em que essa celebração não tenha sido delegada á dieta ou congresso federal.

No *estado federal* — associação de estados num organismo politico commum por forma a constituirem um estado central, representado por um poder supremo com o direito de determinar a sua competencia, com a *competencia da competencia*, no dizer dos escriptores allemães — a soberania reside no estado central, sendo este estado que constitue uma personalidade internacional de direito proprio e que tem competencia para dirigir as relações exteriores e consequentemente para celebrar tratados. Não é, porém, da essencia do estado federal pertencer-lhe exclusivamente a personalidade internacional, podendo a constituição federal — documento em que se encontram determinados os direitos e os deveres dos estados associados e os poderes e attribuições do poder central — permittir relações internacionaes aos estados particulares e portanto a celebração de tratados sobre determinados assumptos ou em determinadas condições. É o que se depreende claramente das constituições federaes dos Estados Unidos e da Suissa, pois se lê na primeira que pertence ao Congresso regular o commercio com as nações estrangeiras, que nenhum dos estados pode concluir tratados de alliança ou de confederação, bem como nenhum delles pode, *sem consentimento do mesmo Congresso*, concluir qualquer accordo ou convenção com outro estado ou com uma potencia estrangeira, e se dispõe na segunda que só a federação tem o direito de fazer allianças e celebrar tratados com os estados

sem motivo legitimo, o territorio dum terceiro estado ou a occupar uma determinada porção do alto mar.

A possibilidade moral está na conformidade do tratado com os principios ethicos que dominam o espirito geral dos povos civilizados. Por falta dessa conformidade seriam, por exemplo, nullos os tratados em que dois ou mais estados se obrigassem a praticar o trafico de escravos.

---

estrangeiros e que os cantões conservam *excepcionalmente* o direito de concluir com os estados estranhos *tratados respeitantes a assumptos economicos e a relações de vizinhança ou de policia*, não podendo, porém, estes tratados conter nada contrario á federação ou aos direitos de outros cantões (Const. dos Estados-Unidos de 17 de set. de 1787, cap. I, secção 8.<sup>a</sup>, alinea 3.<sup>a</sup>, e secção 10.<sup>a</sup>, alinea 1.<sup>a</sup>; Const. suissa de 29 de maio de 1874, artt. 8.<sup>o</sup> e 9.<sup>o</sup>).

b) Sob o ponto de vista do grau de posse da soberania, são os estados *soberanos* ou *meio-soberanos*. Considera-se soberano o estado que, tendo a posse e exercicio pleno da soberania, se organiza e governa com inteira independencia, e diz-se meio-soberano aquelle que, mais ou menos autonomo no exercicio das funcções relativás á soberania interna, como a legislação, a administração e a jurisdicção, depende doutro estado quanto ás relações exteriores, ou porque o estado dependente dellas está privado ou porque as dirige sob a tutela do estado a que se encontra subordinado. Os estados meio-soberanos formam dois grupos — estados *protegidos* e estados *vassallos*, segundo a forma de subordinação é o *protectorado* ou a *vassallagem*. Pelo protectorado estabelece-se um laço entre dois estados, pelo qual o mais poderoso se obriga a defender o mais fraco, em compensação de vantagens concedidas por este ultimo. Semelhante compensação manifesta-se sob a forma do abandono maior ou menor da soberania do estado protegido, principalmente da soberania externa, fixando o tractado de protectorado o grau de dependencia do estado protegido. Pela vassallagem forma-se um laço de subordinação entre o estado *vassallo* e o estado *suserano* que lhe *concede* a meia-soberania. A relação de vassallagem é muito variavel, podendo ir duma dependencia quasi completa até uma relativa liberdade. Pode, porém, dizer-se, dum modo geral, que o estado vassallo está privado do exer-

3.º) *Consentimento*. Terceiro factor da existencia dum tratado é o consentimento dos estados ou o accordo das suas vontades quanto á creação do vinculo de direito com que se propõem conseguir certas e determinadas vantagens.

A vontade do estado é representada, para o effeito da prestação do consentimento, pelos poderes que, segundo o direito interno de cada país, sejam competentes para a celebração dos

---

cicio da soberania externa e que o estado suserano intervem, mais ou menos, na legislação, na administração e na jurisdicção do estado vassallo.

Sendo assim, é facil ver que os estados soberanos têm capacidade plena para a celebração de tratados e que estarão della privados em geral os estados meio-soberanos.

Duas observações se devem fazer, porém, a esta doutrina. Respeita a primeira á situação dos estados soberanos *neutralizados* de modo perpetuo ou permanente, como acontece com a Suissa desde o tratado de 20 de novembro de 1815, a Belgica desde o tratado de 15 de novembro de 1331, o Luxemburgo desde o tratado de 11 de maio de 1867, e o Congo desde a notificação ás potencias de Leopoldo II, rei dos belgas e soberano daquelle estado; de 1 de agosto de 1885. A neutralidade perpetua é a situação dum estado que, por meio dum accordo celebrado com outros estados, assume o compromisso de nunca fazer guerra que não seja em sua defesa, obrigando-se os outros estados contractantes a respeitar ou garantir a situação creada por aquelle compromisso, e porisso os estados perpetuamente neutralizados só podem celebrar os tratados que sejam compatíveis com a situação estabelecida pela neutralização, como tratados de commercio, de navegação, de extradição e todos os demais tendentes a regular as suas relações pacificas com os outros estados.

Refere-se a segunda á capacidade excepcional que podem ter os estados meio-soberanos para a celebração de tratados. O acto de vassallagem ou de protectorado pode, effectivamente, auctorizá-los a concluir tratados sobre determinados assumptos, sendo, por exemplo, os estados vassallos auctorizados, em regra, a celebrar tratados sobre questões de ordem economica ou policial, como tratados de commercio ou de extradição.

tratados. Desde que esses poderes se pronunciam devidamente, está effectuada a prestação do consentimento e o tratado realizado.

A iniciativa da celebração de tratados pertence em toda a parte ao chefe de estado como dirigente das relações exteriores, com excepção apenas para algumas convenções de importancia secundaria ou urgentes que certos funcionarios superiores, chefes militares especialmente, podem, dentro dos limites dos seus poderes, concluir definitivamente, como são as convenções de troca e resgate de presioneiros, de capitulação, e de suspensão de hostilidades.

Os chefes de estado podem concluir os tratados directamente, com ou sem intervenção do ministro dos negocios estrangeiros segundo o direito constitucional de cada país, com os chefes dos outros estados ou com os seus mandatarios, mas, em geral, os tratados são concluidos por intermedio de representantes diplomaticos ou plenipotenciarios <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> As sociedades nacionaes organizam-se politicamente em estados e ao estado dá unidade organica o seu *chefe*, o qual representa o mesmo estado perante as nações estrangeiras e dirige todas as relações exteriores. Todavia, a direcção das relações exteriores, embora constitucionalmente attribuida ao chefe de estado, é exercida por um secretario de estado que, como seu mandatario immediato, representa o orgão intermediario entre o governo do país e as nações estrangeiras, havendo quasi sempre, nos estados civilizados, um ministro — o *ministro dos negocios estrangeiros*, encarregado exclusivamente da direcção das relações com as potencias, o qual dá unidade á acção internacional do estado e está á frente duma secretaria — o ministerio dos negocios estrangeiros, que constitue o officio central das relações com os estados.

Abaixo dos chefes de estado e dos ministros dos negocios estrangeiros, que representam o estado perante todas as nações e dirigem todas as relações exteriores, apparecem os *agentes diplomaticos*, que representam o estado junto dos governos estrangeiros ou para o exercicio duma *missão temporaria* e especial, como a celebração dum tratado ou a assistencia a

Os plenipotenciarios começam por trocar os seus plenos poderes, entram depois em negociações, articulam e assignam as suas conclusões. Todavia, o tratado ainda não fica perfeito com a assignatura dos plenipotenciarios. Exige um costume bem estabelecido que elle seja *ratificado*, isto é, confirmado pelos respectivos chefes de estado, como representantes legaes

uma festa nacional, ou para o exercicio da *missão permanente* de promover e defender os interesses do seu país e dar regularidade ás relações entre o seu governo e o governo do estado em que se encontram. As missões diplomaticas começaram por ser especiaes e temporarias, mas nos fins do seculo xv desinvolve-se o uso das missões permanentes, que a paz de Westphalia generaliza e fixa de tal modo, que se formou o habito de considerar a reunião dos agentes diplomaticos acreditados junto dum governo como um corpo constituído, com o nome de *corpo diplomatico*, o que representa mais um signal de que os estados da Europa se convenceram de que faziam parte dum só systema politico e duma só communnidade internacional.

Até ao congresso de Vienna de 1815 os agentes diplomaticos não tinham sido classificados, o que por muitas vezes creou difficuldades de precedencia e de cerimonia diplomatica. Intendeu, porisso, o congresso que devia classificá-los, o que fez no regulamento de 19 de março de 1815. A classificação foi completada pelo congresso de Aix-la-Chapelle no protocollo de 21 de novembro de 1818, o qual agrupou os agentes diplomaticos em quatro classes: 1.º Embaixadores, legados ou nuncios; 2.º Enviados extraordinarios ou ministros plenipotenciarios; 3.º Ministros residentes; 4.º Encarregados de negocios. Esta classificação foi acceita por todos os estados e tem conservado até hoje força de lei da sociedade internacional.

Os legados e nuncios são os agentes diplomaticos de superior categoria enviados pela Santa Sé. Os legados são — ou *legati a latere*, escolhidos entre os cardeaes e apenas enviados para desempenhar missões extraordinarias de grande importancia, — ou *legati missi*, escolhidos fóra do sacro collegio e encarregados tanto de missões temporarias como de missões permanentes, tendo neste ultimo caso o nome de *nuncios, nuntii apostolici*. Depois dos legados e nuncios, apparecem na diplomacia pontificia os *internuncios*, que têm a categoria de ministros plenipotencia-

das potencias contractantes. E está tão firmemente estabelecido o principio da *ratificação*, que será difficil encontrar um tratado que não tenha uma clausula destinada a estabelecê-la. A ratificação não é, porém, necessaria para as convenções que os altos funcionarios civis ou militares podem concluir definitivamente dentro dos limites dos seus poderes.

rios, e abaixo dos internuncios ainda ha os *delegados apostolicos*, que formam no direito diplomatico pontificio uma terceira classe, mas que perante o direito internacional têm a categoria de ministros plenipotenciários.

Todos os agentes diplomaticos, qualquer que seja a sua categoria, são equiparados perante o direito internacional para o effeito da representação dos estados. As unicas differenças entre elles existentes são de honras e de precedencia. Esta determina-se pela ordem das classes, e dentro de cada classe pela data da notificação da chegada do agente diplomatico ao logar onde exerce as suas funcções. O mais antigo da classe mais graduada é o decano do corpo diplomatico. Faz-se, porém, excepção nos estados catholicos, onde os nuncios são sempre decanos do corpo diplomatico. O mesmo não acontece com os outros representantes da Santa Sé, que só por cortesia podem ser decanos do corpo diplomatico, quando essa situação lhes não pertença por classe e antiguidade.

Os agentes diplomaticos são investidos na sua missão por meio de *cartas credenciaes* ou por meio de cartas patentes de *plenos poderes*. As credenciaes são dadas normalmente aos enviados de missão permanente. Aos enviados de missão temporaria e especial são dados em geral plenos poderes.

Os agentes diplomaticos enviados por um estado formam o seu *corpo diplomatico*. O corpo diplomatico portuguez é regulado pelos decretos de 24 de dezembro de 1901 e de 7 de setembro de 1907. É formado de ministros plenipotenciarios com o nome de *chefes de missão* de 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> classe. Pode, porém, o governo dar, como tem dado effectivamente, a categoria de embaixador ao representante de Portugal junto do Vaticano, em obediencia ao principio da reciprocidade diplomatica, visto o Pontifice acreditar um nuncio junto do governo portuguez, assim como pôde substituir os ministros plenipotenciarios por simples encarregados de negocios, quando assim o julgar conveniente (Vid. dec. citt. e *Anuario diplomatico e consular*, 1906, pagg. 65 e segg.).

A ratificação, como acto final do chefe do estado destinado a confirmar um tratado, pode estar dependente do concurso dalgum outro poder do estado, como acontece nos estados constitucionas, onde a ratificação do tratado é precedida da sua approvação pelo parlamento, ou só em alguns casos, como preceituava a nossa Carta (artt. 75.º, § 8.º), que apenas exigia a approvação pelas côrtes dos tratados celebrados em tempo de paz e que involvessem cessão ou troca de territorios, ou em todos, como depois o estabeleceu o Acto adicional de 1852 (art. 10.º). E, quando assim aconteça, só depois de obtida a necessaria approvação, é que a ratificação pode confirmar o tratado e tornar definitiva a prestação do consentimento.

A ratificação dos tratados pode ser recusada, mas só o será por causas graves e em virtude dos interesses superiores do estado ou da mudança das circumstancias que tenham determinado os mesmos tratados. Uma recusa systematica e infundada poderá ser considerada como um acto de má fé e provocar reclamações ou conflictos.

O consentimento, prestado pela forma que acabamos de indicar, deve ser isento de erro, dolo e coacção, para o tratado ter plena validade e efficacia juridica. É, todavia, certo que a theoria dos vicios do consentimento não tem, em direito internacional, a mesma importancia que tem em materia de relações contractuaes entre particulares. O erro é praticamente afastado pelas precauções tomadas nas negociações e pela facilidade de informações postas á disposição dos estados. O dolo constitue, sem duvida, uma causa de nullidade, o estado que d'elle é victima pode denunciar o respectivo tratado, mas, de facto, na falta de um juiz imparcial que aprecie um tal vicio do consentimento e lhe dê as naturaes consequencias, o estado prejudicado terá de contar apenas com a sua energia para se furtar ao cumprimento do mesmo tratado. A coacção é, infelizmente, um vicio que affecta muitas vezes os tratados, desi-

gnadamente os tratados de paz bem como os tratados entre os grandes e os pequenos estados, mas os internacionistas, para não destruir a efficacia duma grande parte dos tratados, não lhe dão o valor duma nullidade senão quando exercida sobre os individuos encarregados de concluir as convenções em nome dos estados. Não é igualmente reconhecido o vicio de lesão, por se intender que o seu reconhecimento seria pretexto para o estado se furtar sempre ás consequencias dos seus compromissos e pela razão de que cada estado deve, antes de celebrar un tratado, apreciar os sacrificios que vae fazer para obter vantagens ou para evitar prejuizos.

20. b) CONDIÇÕES EXTRINSECAS. A validade dos tratados não está dependente duma forma impreterivel e sacramental. Poderão os estados contractantes deixar até de reduzir a escripto as suas convenções e dar-lhes o character de simples accordos verbaes. Contudo, a força mesma das cousas obriga a dar aos tratados a forma escripta, para lhes conservar a prova e precisar as clausulas, sendo raros os tratados verbaes.

A forma escripta é susceptivel de modalidades e pode consistir: 1.º) numa *troca de cartas* entre chefes de estado que tenham poder para crear compromissos em nome do seu estado; 2.º) numa *declaração collectiva* assignada pelos representantes dos estados; 3.º) em *declarações unilateraes identicas* feitas por cada um dos estados; 4.º) num *acto contractual solemne*, redigido em tantos exemplares quantos são os estados contractantes e assignado por todos os plenipotenciarios.

Na sua ultima forma, que é a mais perfeita e a normal é a seguinte a estrutura dum tratado: começa por um *preambulo*, que contem a indicação dos estados contractantes, dos motivos e do objecto do tratado, a designação dos plenipotenciarios e a referencia á troca e ordem dos seus poderes; seguem-se por artigos as estipulações do tratado; võem depois

disposições diversas, que podem respeitar á duração do tratado, á sua denuncia, á sua prorrogação, á sua ratificação e á adhesão de terceiros estados; e apparecem, por fim, a indicação do logar e a data da redacção do tratado bem como do numero de exemplares redigidos, e a assignatura e sello dos plenipotenciarios.

Na enumeração, no preambulo, dos estados que figuram no tratado, bem como na assignatura dos plenipotenciarios, adoptam-se as regras da alternativa ou segue-se a ordem alphabetica do nome dos estados na lingua em que for escripto o tratado. Quando se adoptam as regras da alternativa, é indicado cada estado em primeiro logar no exemplar que lhe é destinado e em primeiro logar assigna tambem esse exemplar o seu plenipotenciario.

Não havendo uma lingua diplomatica official, podem os tratados ser redigidos naquella lingua que mais convier aos estados contractantes, se bem que os tratados concluidos sómente entre dois estados sejam geralmente escriptos nas duas respectivas linguas e seja actualmente muito usada a lingua franceza nos tratados que interessam a um grande numero de países, como o tratado de Vienna de 1815, as convenções da Haya de 1896, 1899, 1902, 1905, 1907, etc.

21. Umaz vezes o tratado constitue um *negocio juridico*, tendendo a conciliar interesses diversos e correspondentes dos estados signatarios, resultando da harmonia entre vontades distinctas e oppostas dos mesmos estados pela troca de utilidades ou pela reciprocidade de direitos e obrigações, e destinando se por isso a resolver uma pendencia, estabelecer uma transacção ou regular uma situação politica ou territorial. É o que se dá com os tratados de paz, de compromisso arbitral, de reparação de perdas e damnos, de delimitação de fronteiras, de servidões internacionaes, de cessão de territorios, e

quaesquer outros que tenham por fim harmonizar interesses distinctos e em que a vontade dos contractantes tenha evidentemente um *contéudo diverso*. A esta forma de tratado chamam os escriptores tratado-*contracto*, por ser semelhante a sua função, nas relações internacionaes, á função dos contractos na vida social, que se resume, dum modo geral, na conciliação de interesses oppostos, embora correlativos, por maneira que um dos contractantes preste o que o outro quer ter, e tenha o que o outro quer prestar.

Outras vezes, porém, o tratado representa a união de vontades nacionaes de *conteúdo identico*, isto é, uma união de vontades pela qual os estados se propõem realizar interesses comuns ou eguaes. A sua função é, em tal caso, não conciliar pretensões oppostas mediante prestações reciprocas distinctas, mas tornar possível o exercicio duma actividade tendente a effectivar interesses identicos. A semelhante tratado chamam alguns internacionalistas tratado-*accordo ou normativo*, pelo facto de conter a manifestação da vontade commun dos estados para a realização dum interesse identico e a indicação das regras a seguir para chegar a esse resultado. São desta categoria, por exemplo: os tratados destinados a regular as relações dos estados referentes á navegação de rios, estreitos e canaes internacionaes, como o tratado de 26 de fevereiro de 1885 respeitante á navegação do Zaire e do Niger<sup>1</sup>, e o tratado de 29 de outubro de 1888 relativo á navegação do canal de Suez<sup>2</sup>; e os tratados de constituição das uniões internacionaes administrativas, como a convenção de 17 de maio de 1865, hoje substituida pela convenção de 22 de julho de 1875, refe-

---

<sup>1</sup> Carta regia de 3 de setembro de 1885.

<sup>2</sup> *Nouveau recueil général de traités* (MARTENS), 2.<sup>a</sup> série, tom. xv, pag. 557.

rente á creação e organização da *União telegraphica*<sup>1</sup>, e a convenção de 9 de outubro de 1874, hoje substituída pela convenção de 26 de maio de 1906, respeitante á creação e organização da *União postal*<sup>2</sup>. Em qualquer destes casos, o interesse dos estados é identico, destinando-se os tratados a disciplinar o exercicio da actividade dos mesmos estados para o fim commun — quer de regular a navegação internacional, quer de conseguir segurança e regularidade nos meios de comunicação internacional.

O tratado-contracto é sempre um tratado *especial* no sentido de que apenas respeita a interesses particulares dos estados signatarios e o numero destes é limitado, ou simplesmente a dois, como geralmente acontece, ou a dois grupos que representem os interesses distinctos que se pretendem conciliar, havendo, porém, num caso ou noutro, sómente duas partes cùjas vontades o tratado vem harmonizar.

O tratado accordo, emquanto organiza a actividade dos estados no exercicio ou na realização duma communhão de poder ou de interesses, pode abranger todos os estados entre os quaes essa communhão exista, e pode ser geral quando respeite a interesses de todos os estados civilizados. E, assim, á categoria dos tratados normativos pertencem os tratados que, preparados frequentemente por um poderoso movimento de opinião e concluídos ou acceitos por um grande numero de estados, organizam um regimen convencional de certas relações internacionaes e são chamados pelos internacionalistas tratados *generaes*, a cujo numero pertencem, por exemplo: — a declaração de Paris de 16 de abril de 1856 sobre o direito marítimo inter-

---

<sup>1</sup> Carta regia de 12 de outubro ds 1875; *Nova collecção de tratados*, vol. II, pagg. 103 e segg.

<sup>2</sup> Carta regia de 7 de setembro de 1907.

nacional <sup>1</sup>, — a convenção de Genebra de 6 de julho de 1906 relativa á assistencia aos feridos nas guerras terrestres, — a convenção da Haya de 18 de outubro de 1907, que adaptou á guerra maritima os principios da convenção de Genebra <sup>2</sup>, — a convenção de S. Petersburgo de 11 de dezembro de 1878 relativa á prohibição das balas explosivas <sup>3</sup>, — os tratados de União que respeitam a interesses de todos os estados ou, pelo menos, de todos os estados civilizados, a que todos os estados podem adherir, e alguns dos quaes, como as convenções organicas da União postal e da União telegraphica, tẽem sido assignados ou recebido a adhesão da quasi totalidade das nações <sup>4</sup>.

É muito differente o valor das duas ordens de tratados como fontes do direito internacional.

Os tratados-contractos não formulam preceitos juridicos novos, limitando-se a applicar principios já estabelecidos e a crear *direitos subjectivos* para os estados contractantes em face de normas objectivas de direito internacional já constituídas pelo costume ou por outros tratados. Todavia, porque suppõem e applicam principios geraes, concorrem efficazmente para a fixação do direito internacional, principalmente quando celebrados entre muitos estados em virtude do character geral da difficuldade que se propõem resolver;

É ainda de notar que apparecem tratados que, a um tempo, resolvem um conflicto de interesses e estabelecem normas juridicas de applicação futura, como aconteceu com o acto final do congresso de Vienna de 9 de junho de 1815 que, por um

---

<sup>1</sup> BORGES DE CASTRO, *ob. cit.*, tom. VIII, pag. 92.

<sup>2</sup> RENAULT, *ob. cit.*, pagg. 133 e 177.

<sup>3</sup> *Nova collecção de tratados*, tom. III, pag. 141.

<sup>4</sup> *Synopse de tratados, convenções, etc.*, 1901, pag. 3, nota 2, e pag. 7. nota 1.

lado, pacificou a Europa perturbada pelas campanhas napoleonicas, e, por outro, formulou principios respeitantes á livre navegação dos rios internacionaes e á gradação dos agentes diplomaticos<sup>1</sup>, e com o tratado celebrado em 8 de maio de 1871 entre os Estados Unidos e a Inglaterra, que, firmado para a resolução arbitral da questão do *Alabama*, estabeleceu tres principios geraes de direito internacional relativos aos deveres de neutralidade que deviam orientar os arbitros e que deveriam ser seguidos no futuro<sup>2</sup>. Em tal hypothese, o tratado tem evidentemente o aspecto *mixto* de contracto, como meio de resolver o conflicto, e de accordo, emquanto fixa regras para o futuro.

Os tratados normativos, e de modo caracteristico os tratados geraes, adoptam como regra o que nos tratados contractos é excepção, isto é, são concluidos por um grande numero de estados e não só applicam mas formulam principios geraes, *normas objectivas* de direito internacional. E, porque o seu objecto não é limitado aos interesses dos estados que os assignam, recebem mais tarde a adhesão doutros estados, que, commungando nos interesses por elles regulados, subordinam a sua conducta ao regimen ali estabelecido e reconhecem os preceitos juridicos ali estatuidos. Esta adhesão pode manifestar-se expressamente pela acceitação formal das resoluções dos tratados geraes, ou pelo reconhecimento tacito dos principios nelles consagrados. Para facilitar a acceitação expressa, a pratica moderna introduziu o systema de os estados, que tomam a iniciativa dos tratados e os celebram, chamarem por uma

<sup>1</sup> Acto final do congresso de Vienna, de 9 de junho de 1815 (BORGES DE CASTRO, *Collecção de tratados*, vol. v, pagg. 76 e segg.), artt. 108 a 116 e 118, n.º 17.

<sup>2</sup> MÉRIGNHAC, *L'arbitrage international*, Paris, 1895. pag. 72.

clausula especial o assentimento daquelles que não tomaram parte na convenção primitiva. Tem sido o processo seguido, por exemplo, para alargar as convenções organicas das grandes uniões internacionaes, como a União postal, telegraphica, ferro-viaria, etc. O reconhecimento tacito realiza-se pela simples observancia das disposições dos tratados. Foi assim que se generalizaram as resoluções dos congressos de Vienna de 1815 e de Aix-le-Chepelle de 1818 relativamente á gradação dos agentes diplomaticos. E, pela participação originaria, pela acceptação expressa ou pelo reconhecimento tacito, os tratados geraes vão regulando de modo uniforme muitas relações internacionaes e conduzem os estados para um regimen de cooperação largamente convencional.

22. Ao lado da differença entre tratados contractos e tratados-accordos, mostra a observação das relações convencionaes dos estados modernos uma nova differença entre os tratados, de alta importancia relativamente á formação do direito internacional, que é a sua distincção em tratados destinados a *regular* direitos ou interesses dos estados contractantes, e tratados destinados a *declarar* preceitos de direito internacional.

Os tratados começaram naturalmente por ser destinados a fixar os direitos, como uma delimitação de fronteiras, ou a regular os interesses, como as relações commerciaes, dos estados contractantes; e essa função persistiu, ainda hoje continua e sempre será desempenhada pelas convenções internacionaes. De certo momento em diante, além de regular direitos e interesses, começam os tratados a disciplinar o procedimento futuro dos estados sob um determinado ponto de vista, formam uma lei de execução permanente para esses estados e são já fontes de direito para os estados que os assignam. E este seu character accentua-se quando o vinculo contractual se estabelece entre numerosos estados, pois que o preceito já tem uma

acção mais extensa e já regula uma mais larga conducta internacional. Typicos neste genero são os tratados de união, que agrupam um grande numero de estados e regulam a sua acção commum sob um determinado aspecto.

Mas, até aqui, ha nos tratados uma dupla funcção, pois definem direitos ou regulam interesses e, *porisso*, criam preceitos de direito entre os estados contractantes. Esta segunda funcção propendeu, porém, para se tornar *independente* da primeira e os tratados passaram a ser muitas vezes destinados a crear preceitos juridicos. E, desde então, formularam e formulam regras juridicas, não só *porque regulam*, mas tambem *para regular* direitos e interesses. Não foi mais que a organização autonoma duma funcção já existente. A nova funcção revela-se ora apenas numa simples clausula ora num tratado independente, cada vez mais em tratados independentes, e hoje pode dizer-se definitivamente fixada e organizada. Os exemplos abundam. O regulamento de Vienna, de 19 de março de 1815<sup>1</sup>, e o protocollo de Aix-la-Chapelle, de 21 de novembro de 1818<sup>2</sup>, definindo as precedencias diplomaticas, — o regulamento de Vienna, de 9 de junho de 1815, fixando principios relativos á navegação dos rios internacionaes<sup>3</sup>, — a declaração de Paris, de 16 de abril de 1856, fixando principios de direito internacional maritimo, — a convenção de Genebra, de 6 de julho de 1906, e a convenção da Haya, de 18 de outubro de 1907, regulando a assistencia aos feridos e doentes em tempo de guerra terrestre ou maritima, — o acto de Berlim, de 26 de fevereiro de 1885, estabelecendo principios reguladores da navegação do Zaire e do Niger e determinando as condições de legitimidade da occupação de territorios ou do

<sup>1</sup> BORGES DE CASTRO, *Collecção de tratados*, tom. v, pag. 235.

<sup>2</sup> DE MARTENS, *Nouveau recueil de traités*, tom. iv, pag. 648.

<sup>3</sup> BORGES DE CASTRO, *ob. cit.*, e tom. cit., pagg. 155 e 201.

estabelecimento de protectorados nas costas do continente africano, — as convenções da Haya, de 18 de outubro de 1907, estabelecendo regras relativamente a) á solução pacífica dos conflictos internacionaes e respeitantes particularmente á arbitragem internacional, b) á limitação do emprego da força para a cobrança das dividas contractuaes, c) á abertura das hostilidades, d) ás leis e costumes da guerra, e) aos direitos e deveres dos neutros no caso de guerra terrestre, f) ao regimen dos navios de commercio inimigos no começo das hostilidades, g) á transformação dos navios de commercio em navios de guerra, h) á collocação de minas submarinas automaticas de contacto, i) ao bombardeamento por forças navaes em tempo de guerra, j) ás restricções do exercicio do direito de apresamento na guerra marítima, k) á criação dum tribunal internacional das presas, l) e aos direitos e deveres dos estados neutros em caso de guerra marítima<sup>1</sup>, — finalmente, as convenções da Haya, de 14 de novembro de 1896, de 12 de junho de 1902 e 17 de julho de 1905, formulando principios de direito internacional privado<sup>2</sup>, são outros tantos tratados collectivos concluidos com o fim immediato de estatuir principios de direito internacional obrigatorios para os estados contractantes e para todos aquelles que aos mesmos tratados adherissem ou por alguma forma os acceitassem. São tratados de character *legislativo* immediato tendentes a disciplinar juridicamente a conducta dos estados na ordem internacional.

<sup>1</sup> RENAULT, *Conférences de la paix*, pagg. 71 e segg.; *R. D. I.*, tom. xxxviii, pagg. 599 e segg.

<sup>2</sup> *R. D. I.*, tom. xxv, pag. 521, xxvi, pag. 394, xxviii, pag. 573, xxxiv, pag. 485, e xxxvi, pagg. 516 e segg.; *Revue de droit int. privé et de droit pénal international*, vol. 1, 1905, pagg. 781 e segg.; Cartas regias de 28 de julho de 1898 e de 7 de fevereiro de 1907; *Diario das sessões da camara dos deputados* de 8 de outubro de 1906.

23. O estudo das relações contractuaes dos estados mostra, pois, que o regimen dos tratados tem percorrido tres phases characteristics, de interesse desigual pelo que respeita á formação do direito internacional, embora igualmente interessantes relativamente ao desinvolvimento progressivo das relações dos estados.

Na primeira phase, o tratado é apenas um meio de regular os interesses especiaes de dois ou mais estados e limita-se a applicar o direito já estabelecido. Tem o valor de consolidar, por meio de applicações especiaes, as regras existentes nos costumes internacionaes.

Na segunda, o tratado ainda tem por objecto principalmente regular interesses especiaes de dois ou mais estados, mas já por vezes fixa principios de applicação futura, para regular situações semelhantes. São typicos o acto final do congresso de Vienna e o tratado de 1891 entre a Inglaterra e os Estados Unidos, a que já nos referimos.

Na terceira, finalmente, o tratado, conservando embora a primitiva função de regular interesses particulares de alguns estados, vasa-se em moldes mais amplos e começa a disciplinar interesses geraes de todos os estados e a uniformizar o regimen das relações internacionaes. O estado actual dessa curiosa evolução é representado por duas ordens de factos, cada qual a mais characteristic. A primeira é constituida pelo augmento progressivo das *Unões internacionaes administrativas* — associações de estados constituidas por tratados e destinadas a dar unidade organica e funcional á realização de determinadas ordens de interesses communs desses estados mediante órgãos internacionaes de natureza deliberativa (congressos e conferencias), administrativa (commissões e officios) e por vezes judicial (tribunaes arbitraes), que regulem e executem os respectivos serviços e resolvam as difficuldades levantadas entre os estados unionistas a respeito dos interesses a que as uniões se

referem, — como são a *União geodesica* (convenção de Berlim de 1886)<sup>1</sup>, a *União telegraphica* (convenção de 22 de julho de 1875), a *União de pesos e medidas* (convenção de 20 de maio de 1875)<sup>2</sup>, a *União postal* (convenção de 26 de maio de 1906), a *União para a protecção da propriedade industrial* (convenção de 20 de março de 1883)<sup>3</sup>, a *União para a protecção da propriedade artistica e litteraria* (convenção de 9 de setembro de 1886)<sup>4</sup>, a *União para a repressão do trafico de escravos* (convenção de 2 de julho de 1890)<sup>5</sup>, a *União para a publicação das tarifas aduaneiras* (convenção de 5 de julho de 1890)<sup>6</sup>, a *União internacional dos caminhos de ferro* (convenção de 14 de outubro de 1890)<sup>7</sup>, a *União internacional das assucars* (convenção de 5 de março de 1902)<sup>8</sup>, a *União sismologica internacional* (convenção de Strasburgo de 1903)<sup>9</sup>, a *União sanitaria* (convenção de Paris de 3 de dezembro de 1903 e de Roma de 7 de dezembro de 1907)<sup>10</sup>, e a *União agricola internacional* (convenção de 7 de junho de 1905<sup>11</sup>), as quaes são personifi-

<sup>1</sup> Sr. CONDE D'AVILA, *Breve noticia de alguns trabalhos da Associação geodesica internacional*, Lisboa, 1891, pag. 111.

<sup>2</sup> Carta regia de 28 de abril de 1876; *Nova collecção de tratados*, vol. iv, pag. 101.

<sup>3</sup> Cartas regias de 17 de abril de 1884, 11 de outubro de 1893, e 8 de agosto de 1901.

<sup>4</sup> MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, tom. xii, pagg. 1 e segg.

<sup>5</sup> Carta regia de 24 de março de 1892.

<sup>6</sup> Carta de lei de 3 de agosto de 1891.

<sup>7</sup> MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, tom. xix, pag. 290.

<sup>8</sup> MARTENS, *ob. e ser. citt.* tom. xxxi, pagg. 292 e segg.

<sup>9</sup> *Boletim da direcção geral da instrucção publica*, anno III, pagg. 467 e segg.

<sup>10</sup> *R. D. I. P.*, 1904, pagg. 199 e segg.; *Rivista de diritto internazionale* 1908, pag. 134,

<sup>11</sup> Carta regia de 19 de dezembro de 1907.

cadras por *officios internacionaes*, constituindo estes dalgum modo, no dizer de CATELLANI, conferencias diplo maticas permanentes e como que o conselho federal dum grupo de estados unidos por um laço constitucional. «Para o funcionamento de cada uma das uniões», nota o sabio escriptor, «os territorios dos estados são considerados outras tantas provincias do mesmo estado. Trata-se de verdadeiras federações fragmentarias, que á força de alargar o seu dominio, acabarão por modificar as relações reciprocas dos estados, torná-las-ão cada vez mais estreitas. até que domine absolutamente a ideia da solidariedade internacional»<sup>1</sup>. A segunda traduz-se na multiplicação dos tratados declaradores de preceitos de direito internacional, os quaes constituem uma clara revelação da cada vez mais intensa *união jurídica* dos estados que vivem em communidade internacional.

Assim, pois, os tratados tornam-se uma fonte sempre mais abundante do direito internacional, substituindo pouco e pouco o costume internacional, semelhantemente ao que aconteceu na evolução formal do direito interno, onde se operou a passagem successiva do costume para a lei. O direito internacional evoluciona assim da forma consuetudinaria para a forma de principios geraes convencionaes, que são leis da sociedade dos estados.

84. Conhecidas as formas geraes e as tendencias dos tratados, importa determinar a amplitude da sua força obrigatoria.

O principio geral que domina o assumpto é de que os tratados obrigam os estados que os assignam. Este principio, que é fundamental, constitue a base do direito internacional conven-

---

<sup>1</sup> CATELLANI, na *R. D. I. P.*, 1901, pag. 399.

cional, é hoje universalmente admitido e foi solemnemente proclamado pela conferencia de Londres de 1871. Esta conferencia, attendendo, no tratado de 13 de março, o pedido formulado pela Russia para serem revogados os artigos 11.º, 13.º e 14.º do tratado de Paris de 30 de março de 1856, que declaravam neutro o mar Negro e limitavam as forças navaes que a Russia e a Turquia ahi podiam conservar, fixara comtudo, em declaração de 17 de janeiro, a doutrina de que nenhum estado pode desligar-se dos compromissos assumidos em tratados, sem o consentimento dos outros estados contractantes <sup>1</sup>. Eis a declaração: «Os plenipotenciarios da Allemanha do Norte, da Austria, Hungria, da Grã-Bretanha, da Russia, da Italia e da Turquia, reunidos em conferencia, reconhecem como principio essencial de direito internacional que nenhuma potencia pode deixar de cumprir as obrigações dum tratado nem modificar as suas disposições, senão com o assentimento das partes contractantes obtido por meio dum consentimento pacifico» <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 68 e 542; MARTENS, *N. R. G. T.*, 1.º série, vol. XVIII, pagg. 278 e 303.

<sup>2</sup> Em geral, a força obrigatoria dos tratados pode extinguir-se: 1.º) pela execução integral e completa do tratado; 2.º) pela expiração do termo fixado para a sua duração; 3.º) pela realização duma condição resolutive expressamente prevista; 4.º) pelo consentimento mutuo; 5.º) pela renuncia dum estado aos direitos que lhe confere o tratado; 6.º) pela impossibilidade de execução; 7.º) pela denúncia; 8.º) pela guerra.

Das causas apontadas interessam principalmente aos tratados normativos as duas ultimas, e, porisso, lhes faremos algumas referencias.

a) *Denuncia*. A denuncia é a notificação feita por um dos estados contractantes aos demais de que não continuará a observar para o futuro as clausulas dum tratado.

A faculdade de denunciar tratados pode ser prevista e estabelecida pelos estados contractantes. O direito de denunciar é quasi sempre estipulado nos tratados de duração indefinida ou nos tratados de duração limitada, mas de renovação tacita de certo em certo periodo. Comtudo,

O principio indicado abrange indubitavelmente os estados que não tomam parte na convenção primitiva, mas que mais

as mais das vezes, para evitar surpresas e para salvaguardar os interesses reciprocos, a denuncia deve preceder dum certo prazo, nos tratados de duração indefinida, o momento em que o tratado ha de deixar de ser obrigatorio para o estado denunciante, e deve ser feita certo tempo antes do termo fixado.

Embora não prevista nem estabelecida, pode a denuncia ter logar, segundo alguns escriptores, no caso de tratados de effeitos continuos, successivos e indefinidos, quando se dêem modificações profundas nas condições de existencia dos estados contractantés ou nas circunstancias que determinam os tratados, como se o tratado se torna comprometedor para a existencia politica ou economica dum país, quando mudem as circunstancias que determinaram o tratado, ou quando o tratado se torne incompativel com o direito commum internacional dos estados civilizados de que participam os estados contractantes, como aconteceria hoje com um antigo tratado que consagrasse o trafico de escravos.

Embora esta doutrina seja ainda hoje seguida por muitos escriptores, é, no dizer de Nys, uma doutrina cheia de perigos, pois pode ser pretexto para que muitas vezes os estados deixem de cumprir os tratados, parecendo, porisso, preferivel o substitutivo da mesma doutrina que consiste em determinar directa ou indirectamente o periodo de duração dos tratados, principalmente dos referentes a condições de existencia do estado sujeitas a transformações profundas e rapidas, systema aliás já seguido por muitas vezes na pratica internacional. Deste modo salvam-se os interesses dos estados contractantes sem violar o principio da força obrigatoria dos tratados.

b) *Guerra*. O effeito da guerra sobre os tratados concluidos entre os belligerantes varia com a natureza dos tratados.

A guerra faz cessar evidentemente de pleno direito os tratados que são incompativeis com ella, isto é, aquelles que suppõem a harmonia de conducta politica dos estados e as suas boas relações, como são os tratados de amizade e alliança.

Deixa, porém, a guerra subsistir, e ainda é evidente, os tratados que respeitam precisamente ao estado de guerra e que são concluidos para regular os seus actos ou os seus effeitos.

tarde adherem ás suas disposições. É a consequencia do seu assentimento, pelo qual aceitam as vantagens dos tratados e

Ainda subsistem os tratados concluidos antes da declaração da guerra e que fixam de modo definitivo e permanente os direitos respectivos dos estados quanto a uma determinada situação, como uma delimitação de fronteiras, uma cessão de territorios, o reconhecimento duma divida, etc

Mas qual o destino dos tratados de effeitos continuos cuja existencia ou mesmo cuja applicação seja compativel com o estado de guerra? Variam as opiniões, mas a doutrina que tende a prevalecer é se nos antolha a mais justa parece ser a de que, devendo a guerra circunscrever-se á consecução do fim que se propõe, prevalecem os tratados que regulam outras ordens de relações, devendo apenas ser suspensa a sua execução até ao fim-das hostilidades, quando o estado de belligerancia não permitta continuar a sua applicação. Ha, todavia, escriptores que intendem que mesmo esses tratados são annualmente pela guerra e a pratica internacional ainda parece orientar-se pela sua opinião, como o mostram os ultimos tratados de paz.

A maior parte dos internacionalistas ainda indica como causa de extincção dos tratados a sua inexecução por um dos contractantes, suppondo-os submittidos a uma *condição resolutive tacita* derivada da sua inexecução por alguma das potencias contractantes, condição que se torna effectiva quando se dê essa inexecução.

Tende, porém, a modificar-se uma doutrina tão rigorosa. Em primeiro logar, o desinvolvimento progressivo da arbitragem internacional e a constituição regular dum tribunal permanente com tendencia decisiva para se tornar obrigatorio võem mostrar a desnecessidade futura de considerar extinctos os tratados quando algum dos contractantes deixar de os executar, pois á inexecução poderá o tribunal oppor a competente responsabilidade. Depois, já no estado actual, o bom senso e a boa fé exigem, como nota DESPAGNET, que os tratados se considerem resilidos por virtude da inexecução apenas quando esta respeite a um ponto de certa importancia.

Em todo o caso, semelhante doutrina só poderá applicar-se aos tratados contractos. Como bem nota DIENA, no caso de violação dum tratado que sanciona uma norma objectiva de direito internacional, o estado interessado poderá, praticar, a titulo de represalia, uma violação semelhante,

correlativamente se sujeitam ás obrigações que elles impõem aos estados comparticipantes ou adherentes<sup>1</sup>.

O mesmo já não pode dizer-se dos estados que se conservam estranhos aos tratados, não os assignando nem adherindo ás suas determinações. Não os alcança a sua força imperativa. Os tratados têm a natureza geral de relações contractuaes e porisso só obrigam aquellas nações que acceitam a situação por elles creada. E isto dá-se tanto com os tratados especiaes como com os tratados geraes. Ainda que estes ultimos sejam concluidos por um grande numero de estados e regulem interesses de character geral, as suas determinações limitam-se aos estados signatarios ou adherentes. Foi assim que a supressão do corso, consagrada na declaração de Paris de 1856 pela maior parte das potencias, não se tornou obrigatoria para os Estados Unidos, para a Hespanha e para o Mexico, pois que os governos destes países se recusaram a reconhecê-la.

---

mas a norma juridica estabelecida pelo tratado não perderá porisso o seu valor juridico nem será necessario um novo tratado para a restabelecer. É uma differença pratica, e importante, entre os tratados contractos e os tratados normativos. (DIENA, *ob. cit.*, pag. 11).

<sup>2</sup> Os estados que não collaboram na celebração dum tratado podem tornar-se participantes nas suas disposições por meio dum acto de *accessão* — acceitação solemne e integral de todas as clausulas do tratado — quando isso lhes for permittido pelos primitivos estados contractantes. A *accessão*, é em geral, permittida quando no respectivo tratado se regulam interesses que são communs a estados não contractantes e até offerecida quando os tratados regulam interesses de character geral, como são os tratados constitutivos das uniões internacionaes.

É de notar que, na linguagem diplomatica, se usa muitas vezes, em logar de *accessão*, da palavra *adhesão*. O rigor, todavia, é que o termo *accessão* tem o significado que lhe attribuimos, indicando o termo *adhesão* a declaração feita por um estado estranho a um tratado de que acceita e adopta pará si regras semelhantes ás nelle contidas, sem que a sua declaração implique uma participação directa em tal tratado.

## DIVISÃO III

## Fontes mediatas do direito internacional

SUMARIO:—25. Fontes *immediatas* e fontes *mediatas* do direito internacional. Sua differenciação.—26. As fontes mediatas. Reconhecimento, leis nacionaes, decisões dos tribunaes, sciência do direito internacional.

25. Como expressão da vontade commum dos estados, forma-se o direito internacional *immediatamente* apenas pelo costume ou pelo tratado, os unicos processos por que a vontade dos estados pode manifestar-se. Por tal motivo, só o costume e o tratado se podem considerar verdadeiramente como fontes do direito internacional.

Comtudo, a vontade dos estados accêitando regras de conducta exigidas pelas relações internacionaes, ora se manifesta por leis nacionaes identicas, ora é informada pelas decisões dos tribunaes, ora assente a principios indicados pela sciencia do direito internacional como interprete das necessidades da comunidade dos estados, de modo que o costume e o tratado derivam o seu conteúdo dos meios de elaboração das regras juridicas internacionaes, que porisso se volvem em outras tantas fontes *mediatas* do direito internacional.

Alguns escriptores, não differenciando as manifestações irreductiveis da vontade dos estados, que são sómente o costume e o tratado, das razões que os determinam ou do processo por que se preparam, alargam o quadro das fontes do direito internacional, fazendo ali entrar, alem das que admittimos, — 1.º) o reconhecimento, 2.º) as leis nacionaes, 3.º) as decisões dos tribunaes, e 4.º) a sciencia do direito internacional. Consideraremos cada uma destas pretensas fontes do direito internacional e procuraremos mostrar que ellas apenas são ou

a razão determinante daquelle direito ou modos indirectos ou *mediatos* da sua formação.

26. 1.º) *Reconhecimento*. HOLTZENDORFF indica como fonte primaria do direito internacional o mutuo *reconhecimento* dos estados como membros duma sociedade regulada pelo direito e pelo qual os mesmos estados se consideram como sujeitos de direitos e obrigações dentro da communidade internacional e acceitam e cumprem preceitos obrigatorios communs reguladores dessa communidade e necessarios á sua existencia, conservação e desinvolvimento. O reconhecimento é assim a manifestação da vontade por parte dos estados de viverem em sociedade internacional e de acceitarem o regimen de mutualidade de direitos e obrigações indispensavel á manutenção daquella sociedade.

Assim considerado, o reconhecimento não é claramente uma fonte, um modo especial de formação do direito internacional. É a razão da existencia desse direito, é a affirmação, na consciencia dos povos civilizados, da necessidade de viverem numa communidade regulada e garantida pelo direito, e, portanto, a base positiva de todos os preceitos do direito internacional, o qual encontra no costume e nos tratados os seus meios de revelação. O costume e os tratados, emquanto traduzem o assentimento dos povos civilizados a preceitos obrigatorios communs, presuppõem, com effeito, o reconhecimento, que, em vez duma fonte directa ou indirecta do direito internacional, constitue o verdadeiro fundamento, a causa efficiente de todos os seus preceitos ou consuetudinarios ou convencionaes.

2.º) *Leis nacionaes*. DE MARTENS, HOLTZENDORFF, CALVO e outros auctores consideram a-legislação interna dos differentes países como um dos modos geradores do direito internacional, pela circumstancia de muitas vezes nessa legislação se

encontrarem regras relativas ás relações internacionaes, como são as referentes á representação do estado no estrangeiro, aos poderes publicos encarregados de declarar a guerra, fazer a paz e celebrar tratados, á extradição dos criminosos, ás presas maritimas, aos privilegios e immunidades dos agentes diplomaticos, etc. Comtudo, as leis nacionaes são apenas obrigatorias para o estado que as promulga, e não podem constituir preceitos imperativos para os demais membros da sociedade internacional. Quando mesmo consagrem principios que interessem directamente ao direito internacional, apenas mostram o modo de sentir do estado que as promulga e, se effectivamente tiverem um verdadeiro valor doutrinal e pratico, podem contribuir para a formação dum costume internacional ou preparar a celebração dum tratado, mas em caso algum crearão, só de per si, preceitos juridicos de character internacional <sup>1</sup>.

3.º) *Decisões dos tribunaes.* Porque, por vezes, os tribunaes communs dos diferentes países e, sempre, os tribunaes especiaes para o julgamento de presas maritimas ou os tribunaes de arbitragem internacional discutem e resolvem questões de direito internacional, pretendem certos escriptores que os respectivos julgados constituem, quando uniformes, uma fonte daquelle direito.

Poucas considerações bastam, porém, para mostrar a falta de fundamento de tal doutrina. Os tribunaes communs ou os tribunaes de presas são tribunaes nacionaes e as suas decisões têm auctoridade exclusivamente moral afóra dos casos especiaes que as provoquem. Os tribunaes arbitraes, além de se limitarem, em regra, a applicar principios já estabelecidos,

---

<sup>1</sup> PIÉDELIEVRE, *ob. cit.*, pagg. 27 e segg.

são constituídos por meio de tratados especiaes e, porisso, as suas sentenças e decisões, em vez de fontes de direito internacional, são o resultado daquelles tratados; não devendo ainda esquecer-se que a auctoridade dessas sentenças se limita aos casos a que dizem respeito. Semelhantes ás decisões dos tribunaes de arbitragem são as das commissões internacionaes encarregadas de gerir certos interesses communs de varios estados, como são as commissões estabelecidas para assegurar a liberdade de navegação do Danubio e do Zaire. As resoluções por ellas tomadas têm a força que deriva dos tratados que as criam <sup>1</sup>. Portanto, tambem as decisões dos tribunaes, em vez dum modo de formação do direito internacional, são meios de afirmar o sentir dos diversos estados e apenas podem, quando harmonicas com as necessidades da commuidade internacional, favorecer a criação de costumes ou a celebração de tratados.

4.º) *Sciencia do direito internacional*. Não é raro ver considerar a sciencia do direito internacional como fonte do mesmo direito. No entanto, ainda aqui nos parece que é sem fundamento que assim se pensa.

A sciencia do direito internacional e os trabalhos dos grandes internacionalistas exercem por certo uma função importantissima na elaboração progressiva do direito internacional, enquanto systematizam e criticam o direito constituído e traçam com segurança o caminho das reformas a introduzir-lhe, e, porisso, o estudo das obras dos grandes representantes da nossa sciencia, como SAVIGNY, KLÜBER, HEFFTER, BLUNTSCHLI, NEUMANN, HOLTZENDORFF, BUEMERING, LISZT, PRADIER, PHILLIMORE, LORIMER, TWISS, HALL, LAWRENCE, FIORE,

---

<sup>1</sup> DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 69.

SANDONA, MAMIANI, CARNAZZA-AMARI, PIERANTONI, CATELLANI, DE MARTENS, WHEATON, BEACH, HALLECK, FIELD, WOOLSEY, CALVO, VON BAR, DICEY, RIVIER. NYS, MOORE <sup>1</sup>, etc., será sempre um recurso indispensavel para o conhecimento consciencioso e para a segura solução dos problemas relativos ao regimen juridico das relações internacionaes. Todavia, nem a sciencia é um codigo das nações, nem os grandes internacionalistas são jurisconsultos diplomados com o poder de dar ás suas opiniões o valor de preceitos de lei na sociedade internacional. A sciencia é uma lição que indica aos estados o caminho a seguir na sua conducta dentro da sociedade internacional e o internacionalista é um guia, um conselheiro, que lhes aponta em cada caso o melhor criterio do seu procedimento. Porisso, os principios da sciencia e o conselho dos sabios só serão lei na sociedade dos estados quando, por uma pratica uniforme ou por uma convenção solemne, forem consagrados pela consciencia geral do mundo civilizado.

Consequentemente, o costume e os tratados ficam como os unicos modos de formação immediatos do direito internacional que merecem este nome. As demais fontes indicadas pelos escriptores, ou constituem o presupposto de todo o direito internacional, ou são elementos para constituir e verificar o costume e para preparar, interpretar e executar os tratados, ou representam meios de conhecer e de reformar o regimen juridico das relações dos povos, e sempre constituem antecedentes sociaes ou logicos dos preceitos produzidos pelo costume ou pelos tratados.

---

<sup>1</sup> BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 68 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 33 e segg.

## § IV

### Dominio objectivo e imperio geographico do direito internacional

SUMMARY: — 27. O direito internacional e o direito nacional. — 28. O direito internacional e a moral das nações. — 29. O direito internacional e a *comitas gentium*. — 30. O direito internacional e a politica exterior ou diplomacia. — 31. A homogeneidade de condições sociais como factor fundamental da comunidade das nações e condição determinante do imperio geographico do direito internacional. A civilização europea e a extensão actual da sociedade internacional. — 32. O direito internacional e os povos de civilização não europea. Tendencias para o alargamento da comunidade internacional.

27. Expressão e garantia da comunidade dos estados, o direito internacional amplia e completa a protecção com que o direito nacional assegura dentro de cada país os interesses geraes da collectividade e os interesses singulares dos individuos, concorre com a moral das nações e com a cortesia internacional para disciplinar as relações dos estados, e encontra na diplomacia ou politica exterior a arte de melhor o applicar em beneficio de cada país. Exige, por isso, a determinação precisa do dominio objectivo do direito internacional o seu confronto com o direito interno e com a moral e cortesia internacional, para fixar as respectivas esferas de acção, bem como com a diplomacia, para estabelecer as suas naturaes relações <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 47 e segg.; DE MARTENS, *Droit international*, vol. I, pagg. 243 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 24 e segg.:

O direito nacional, nas suas diversas manifestações, define a situação jurídica do individuo tanto em relação aos seus cidadãos como em relação ao estado, regula a organização e o funcionamento dos poderes publicos, e chega a determinar os representantes do estado e a sua missão nas relações internacionais. Todavia, o seu imperio normal acaba com o territorio do estado e as suas garantias não vão além das fronteiras do país para assegurar os interesses do individuo ou as conveniencias da collectividade. Porisso, se os individuos têm de sair do seu país e os estados exercer uma acção qualquer fóra do seu territorio, ou essa situação e acção exteriores hão de ser apenas de facto, ou ha de apparecer um novo direito, que, continuando o direito nacional, proteja juridicamente a situação do individuo e a acção do estado.

Como vimos, predominou a principio a precaria condição de facto, para se affirmar, afinal, a condição de direito com a formação do direito internacional. Este direito foi verdadeiramente uma ampliação do direito nacional, alargando para fóra de cada estado a garantia dos direitos do individuo e a protecção dos interesses nacionaes, e foi tambem fatalmente um modificativo do mesmo direito, emquanto precisou de conjugar os interesses proprios de cada nação com os interesses geraes da comunidade internacional.

É facil descobrir as relações e estabelecer as differenças entre o direito nacional e o direito internacional. São diversos no seu modo de constituição, emquanto o primeiro deriva da vontade dum estado e o segundo se forma pela vontade com-

---

BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 16 e 17; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 53 e segg.; PIÉDELÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 15 e segg.; NYS, *Les points de contact du droit international avec d'autres matières*, na *R. D. I.*, 1903, pagg. 163 e segg.; e *Le droit international*, vol. 1, pagg. 184 e segg.; MÉRIGNIAC, *ob. cit.*, tom. 1, pag. 24; etc.

num dos estados, bem como nas relações que regulam, sendo o direito interno destinado a disciplinar relações que se desenvolvem dentro de sociedades juridicamente organizadas e contendo porisso a ideia de preeminencia da collectividade sobre os individuos, e propondo-se o direito internacional regular as relações de estados coordenados e autonomos, unidos numa communi-  
dade sem uma verdadeira organização juridica, e prescindindo consequentemente da existencia dum poder a elles superior <sup>1</sup>, — mas são complementares na sua função de garantia, prendendo-os um laço intimo de reciproca influencia e desinvolvendo-se solidariamente.

28. A conducta exterior dos estados é regulada por preceitos de varias ordens, os quaes concorrem todos para coordenar harmonicamente a acção reciproca das nações, mas cujo valor é differente consoante o modo por que os povos cultos concebem o seu cumprimento.

Preceitos ha que asseguram e garantem relações internacionaes que os povos consideram *necessarias* á sua conservação e desinvolvimento num determinado momento historico, e esses revestem a *força obrigatoria* dos preceitos juridicos, constituindo o direito internacional.

Outros, porém, referem-se a condições que, se tornam mais perfeita a vida internacional, não parecem ao mundo civilizado indispensaveis á existencia da sociedade dos estados. É o que acontece, por exemplo, com os actos de beneficencia internacional por occasião das grandes catastrophes, como os socorros enviados ás populações victimas da fome ou arruinadas pelas inundações, que são manifestações dum elevado sentimento moral, mas não constituem deveres juridicos. Seme-

---

<sup>1</sup> ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 41.

lhantes preceitos formam o que pode chamar-se a *moral das nações*, a qual amplia com a forma de *simples espontaneidade* a acção de *necessidade* e de *reciprocidade* do direito internacional.

A historia das relações internacionaes mostra, comtudo, que a moral e o direito das nações caminham numa especie de equilibrio movel, por maneira que muitos preceitos, que, até certa altura da evolução, eram meramente moraes, passaram a ser juridicos, pelo facto de se comprehenderem de modo diferente as relações a que elles se referiam. É exemplo typico o da extradição dos criminosos, que appareceu com o caracter dum simples dever moral e hoje offerece o aspecto duma verdadeira obrigação juridica imposta pela commuidade internacional, se a não formulam expressamente tratados de extradição. O mesmo deve dizer-se dalguns caracteristicos symptomas da *humanização* da guerra, como a assistencia aos feridos e doentes, a suppressão do corso e a prohibição das balas explosivas, outros tantos factos que modernamente foram consagrados juridicamente, podendo concluir-se que o ambito do direito internacional tende a alargar a expensas da moral, por se tornar cada vez maior o numero de condições que a consciencia geral do mundo civilizado considera necessarias á conservação e ao progresso dos povos.

29. Com o direito internacional ainda coopera, para normalizar a conducta dos estados, um conjuncto de preceitos a que se dá geralmente o nome de cortesia internacional — *comitias gentium*.

A cortesia internacional consiste em actos de amizade, benevolencia e polidez reciproca das nações, correspondendo, no dizer de RIVIER <sup>1</sup>, nas relações entre os povos, aos habitos de

<sup>1</sup> *Ob. cit.* pag. 25.

boa educação entre particulares, e sendo, segundo a descreve o publicista americano BOWEN, uma combinação de polidez, de amizade e de respeito. E, porisso, actos de cortesia são todos aquelles que tendem a tornar boas e affectuosas as relações entre os diversos estados, como a participação que umas nações tomam nas grandes festas das outras nações, as saudações e os sentimentos que se trocam por occasião dos acontecimentos que as alegram ou entristecem, as visitas dos chefes de estado e das esquadras, a concessão de distincções honorificas aos dignatarios estrangeiros, a clausula de assimilação á nação mais favorecida introduzida nos tratados de commercio, a saudação entre navios de differentes nacionalidades no alto mar ou nas aguas territoriaes duma terceira potencia, tudo, emfim, que possa ser uma prova de attenção de qualquer estado para com os outros.

Os actos de cortesia internacional tõem evidentemente o merito de approximar os estados e facilitam por certo o cumprimento dos preceitos do direito internacional. Differem, porém, destes em que, embora supponham como elles o principio da *reciprocidade*, são de pratica *facultativa* e cuja omissão, se pode enfraquecer a cordialidade das relações dos estados, nunca pode conduzir a um pedido de reparação, a actos violentos ou a um rompimento de hostilidades, o que tudo pode resultar da violação do direito internacional.

Tambem a cortesia internacional differe da moral das nações em que esta é independente da ideia de *reciprocidade* e apenas representa um producto da consciencia do povo que a concebe e que a pratica, ao passo que aquella só se observa sob a condição da *reciprocidade* e assenta em considerações de *mutua utilidade*.

30. Ao lado da sciencia do direito internacional, que determina preceitos de conducta dos estados para que elles possam

viver dentro da communidade internacional, está a *arte* de applicar esses preceitos pelo modo que mais se harmonize com os interesses de cada estado.

Esta arte, pela qual o governo dum país, respeitando sempre o direito internacional, procura valer-se das instituições deste direito para dar satisfação aos interesses nacionaes nascidos da situação geographica, do grau de civilização ou da vida politica do estado, constitue a *politica exterior* ou a *diplomacia*. A diplomacia dirige, pois, a acção internacional dos estados em harmonia com o direito internacional, ao qual vae dando a applicação e a forma mais opportunas. «O direito, diz BULMERINQ, ordena e não deixa escolha; a politica offerece meios diversos para obter o mesmo fim e permite escolher livremente». Assim, emquanto o direito internacional indica o modo de celebrar tratados e fixa a sua força obrigatoria, a diplomacia determina as vantagens ou as desvantagens que pode haver em os concluir, e, emquanto o direito internacional alarga o seu domínio regulando relações que até então eram apenas de simples cortesia ou de character moral, a diplomacia aprecia a conveniencia da sua codificação.

A direcção habil e justa da acção internacional dos estados pode promover decididamente os progressos do direito internacional, como se vê das grandes reformas por ella operadas e de que resultaram a constituição das uniões internacionaes organizadoras e protectoras de certos direitos e interesses dos estados civilizados, a *humanização* das leis da guerra, as resoluções dos congressos e conferencias, etc., e até pode ser um meio de sancção do direito internacional, approximando para uma defesa commum os povos que correm o risco de ser victimas da violação desse direito por parte duma potencia forte e ambiciosa.

31. Assim como não abrange todas as relações dos estados,

a acção do direito internacional não compreende todos os povos da terra. Restringe-se áquelles estados que um certo fundo de homogeneidade de condições sociaes vae constituindo successivamente em communitade internacional <sup>1</sup>.

Depois que o congresso de Westphalia lançou os fundamentos da organização regular da sociedade internacional, esta tem-se conservado limitada quasi só aos estados europeus ou de civilização europeia e apenas vagarosa e parcialmente vae admittindo no seu seio estados de civilização differente.

É sómente em 1856 que, pela primeira vez, um estado não christão, a Turquia, é admittido a participar das vantagens do direito internacional e do concerto europeu, e essa participação ainda é incompleta, pois se mantem no imperio ottomano o regimen das *capitulações*, segundo o qual os immigrados naquelle imperio, pertencentes aos estados christãos, estão sujeitos ás jurisdicções consulares e não á justiça turca, o que evidentemente constitue uma limitação da soberania territorial do sultão e se funda na desconfiança provinda da differença de civilização.

Dos demais estados não christãos, apenas o Japão, e desde data muito recente, faz parte da communitade dos estados e

---

<sup>1</sup> *R. D. I.*, tom. xvii, pagg. 504 e segg., xxiii, pagg. 5 e segg., e xxv, pagg. 79 e 213 e segg.; *Annuaire de l'Institut de droit international*, tom. i, pag. 141, e tom. iii, pagg. 298 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 238 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introd.*, pagg. 10 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 17 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 60 e segg.; PIÉBELIÈVRE, *ob. cit.*, pag. 18 e segg.; PILLET, *R. D. I. P.*, vol. i, pagg. 2 e segg.; CAVAGLIERI, *I limiti della cumunità internazionale*, na *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, vol. xxxvi, pagg. 190 e segg.; NYS, *La notion et le rôle de l'Europe en droit international*, na *R. D. I.*, 1903, pagg. 57 e 111, e *Le droit international*, vol. i, pagg. 116 e segg.; ANZILOTTI, *Responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, pag. 77; MARCHINOTTI, *ob. cit.*, pag. 191, etc.

participa das garantias do direito internacional. Com effeito, este estado do extremo Oriente, depois de ter mostrado um decidido empenho em assimilar a civilização europeia e de, nesse sentido, ter reformado as suas instituições sociaes e politicas, conseguiu realizar, principalmente desde 1894, uma serie de tratados com os estados de civilização europeia, tendentes a supprimir a jurisdicção consular e a crear uma situação juridica de egualdade entre os seus nacionaes e os nacionaes daquelles estados, e destinados a entrar em vigor a 17 de julho de 1899, e obteve a sua *naturalização* na sociedade internacional <sup>4</sup>.

Relativamente aos restantes estados de civilização não europeia, apesar de os estados de civilização europeia com elles manterem relações mais ou menos regulares, a differença de civilização tem obstado a que entrem na familia das nações e participem de modo pleno das garantias de direito internacional, pelo simples motivo de que este direito assenta num evidente principio de reciprocidade e o estadio de civilização desses povos não offerece garantias de que ellas se sujeitem a um regimen de mutualidade, se é que formalmente se não têm recusado a estabelecer relações com os outros povos.

Deve, porém, dizer-se que os estados asiaticos, e nomeadamente os do extremo Oriente, se vão convencendo cada vez mais da necessidade de estabelecer e conservar relações com os povos de civilização europeia e que, mais ou menos, vão estudando, cumprindo e applicando o direito internacional,

---

<sup>4</sup> Em harmonia com o que se diz no texto, gosam da plenitude dos direitos de membros da sociedade internacional todos os estados da Europa, á excepção da Turquia, que o regimen das capitulações colloca numa situação evidente de inferioridade, todos os estados da America, o Japão na Asia e o Estado livre do Congo e a republica da Liberia na Africa.

sendo de notar que, alem do Japão, o Siam, a Persia e a China enviaram representantes ás conferencias da paz de 1899 e de 1907, onde foram postos e discutidos importantes problemas do direito internacional e onde se tomaram resoluções de indiscutivel valor relativamente ao regimen juridico das relações internacionaes.

É pois certo que a sociedade internacional e o seu direito regulador abrangem quasi exclusivamente os estados de civilização europeia, mas tambem é verdade que a equiparação, perante o direito internacional, dos estados catholicos e protestantes pelo tratado de Westphalia, a admissão da Turquia a participar do direito publico da Europa pelo tratado de Paris de 1856, e a recente entrada do Japão na communitate internacional, mostram que esta deixou de assentar sobre bases religiosas, que, porisso, pode ser constituída de estados de religiões muito differentes, e que a unica condição indispensavel para della fazer parte é a posse do grau de civilização sufficiente para garantir o cumprimento das obrigações por ella impostas aos estados que a constituem.

32. Mas, se os factos provam que a homogeneidade de condições sociaes é o assento positivo da communitate das nações e que o verdadeiro imperio geographico do direito internacional coincide com a diffusão dos principios fundamentaes da civilização europeia, comtudo, porque as relações internacionaes se não limitam aos estados de civilização europeia, é natural que os mesmos factos indiquem o processo de conducta desses estados com a generalidade dos estados de civilização não europeia e que a doutrina discuta o problema da applicação do direito internacional aos povos que ainda não fazem parte da sociedade das nações.

A expansão natural dos povos civilizados da Europa e da America aproximou-os dos demais estados, rompendo se pouco

e pouco o isolamento em que estes se encerravam. Todavia, nem relações mutuas se estabeleceram desde logo com successão regular, nem as dominou ou domina um principio de egualdade. O processo geral empregado pelos estados de civilização europeia tem sido a celebração de tratados com os povos de civilização diferente, a principio, para tornar possiveis as relações pacificas e, depois, para regular uma ou outra ordem de relações internacionaes. Mas, porque as divergencias de raça, de concepções e de civilização eram de molde a obstar a um regimen de verdadeira reciprocidade, semelhantes tratados, em vez de bilateraes, são exclusivos a certo respeito para alguma das partes contractantes. É assim que o imperio Ottoman, a China e outros estados, tẽem consentido em isentar das justicas territoriaes os nacionaes dos estados christãos, para os submeter á jurisdicção dos consules destes estados, e, enquanto os estados europeus estão, por exemplo, amplamente abertos aos subditos dos estados asiaticos, na maior parte dos estados do extremo Oriente o accesso dos estrangeiros é mais ou menos limitado,

De resto, o procedimento dos estados civilizados para com os povos que mais ou menos ignoram o direito internacional é, em geral, dominado pelos principios de moral que são a base da sua civilização, como o respeito da vida humana e da propriedade.

De modo que o systema das relações internacionaes. entre os povos da civilização europeia e os de civilização diferente, além de apresentar, em grande parte, um character meramente moral, reveste um aspecto contractual mais ou menos unilaterial, já que as differenças do modo de ser dos dois grupos de povos nem permitem uma communidade de vida tacitamente disciplinada pelos costumes, nem aconselham um regimen de inteira reciprocidade.

Passando dos factos á doutrina, descobrimos, através de

maiores ou menores divergencias, que a generalidade dos escriptores modernos segue um criterio commum para resolver o problema da applicação do direito internacional aos povos de civilização não europeia.

A questão vem de longe e revestiu a principio um aspecto juridico-religioso, discutindo-se muito nos fins da idade média os direitos dos infieis e dos herejes. Dividiam-se as opiniões dos canonistas e dos juristas sobre o assumpto, mas geralmente restringiam-se os direitos dos povos que não seguiam o credo catholico.

Ainda GROCIO, admittindo embora tratados com os infieis e mesmo allianças em casos de necessidade, considerava como um dever das nações christãs fazerem causa commum contra os impios.

De modo differente pensara já o theologo hespanhol FRANCISCO DE VICTORIA (1480-1546)<sup>1</sup>, que fazia entrar na sua *societas naturalis* toda a humanidade, e pensou depois PUFENDORF, o qual, considerando o direito das gentes como um direito puramente natural, tornava-o applicavel tanto ás nações christãs como aquellas que o não fossem<sup>2</sup>.

Todavia, a escola de PUFENDORF, contradictada pelos factos, cedeu á tendencia historico-pratica, que, logicamente, devia limitar o direito internacional aos povos normalmente relacionados pelo costume e pelos tratados, predominando, a final, o positivismo scientifico, que veio dar ao problema a sua verdadeira solução.

A nova orientação dos espiritos viu no direito internacional um direito positivo e no trabalho scientifico um factor do seu progresso e, portanto, devia levar a applicação daquelle direito

---

<sup>1</sup> BARTHÉLEMY, NIZARD, ROLLAD, etc., *Les fondateurs du droit international*, pagg. 1 e segg.

<sup>2</sup> BIVIER, *ob. cit.*, pag. 40.

até onde lhe encontrasse uma base nas condições reaes da vida internacional.

O direito internacional nascera na comunidade internacional, apoiara-se na consciencia geral do mundo civilizado e era dominado pelo principio fundamental da reciprocidade. Onde, portanto, a comunidade não exista, uma consciencia common de preceitos obrigatorios se não forme e uma verdadeira reciprocidade não seja possível, o direito internacional não encontra o meio natural do seu desinvolvimento e não pode ter uma applicação util e efficaz. O alargamento, porisso, do seu imperio exige a generalização de semelhantes condições. Esse alargamento não se ha de fazer, evidentemente, nem de salto para todos os estados, nem de modo simultaneo para todos os seus preceitos. Ir-se-á operando com a fixação gradual da homogeneidade de civilização e começará com os principios que mais depressa possam adaptar-se ás relações que os estados de civilização europeia forem creando com os de civilização differente.

Foi em obediencia a estes principios que LORIMER formulou a sua doutrina das tres esferas concentricas para determinar os limites do imperio geographico do direito internacional. Na primeira esfera colloca elle os estados de civilização europeia, entre os quaes tem plena applicação o direito internacional; na segunda ficam os estados asiaticos ou africanos, cujo estado de civilização apenas permite uma applicação parcial e variavel desse direito; na terceira, enfim, entram as tribus anarchicas e as populações selvagens, as quaes não consentem applicação alguma do direito internacional e só merecem dos estados civilizados o respeito devido aos direitos geraes da humanidade <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pagg. 69 e segg.

Sem esta feição de symetria geometrica mas segundo um criterio positivo de relatividade, o pensamento hoje dominante é o da applicação plena do direito internacional até onde a homogeneidade de civilização o consinta, da applicação gradual, quando a semelhança parcial de civilização o aconselhe, e, quando qualquer applicação não seja possível, do reconhecimento daquelles direitos que a consciencia moral e juridica das nações concede a todos os homens.

E, de facto, não é differente a tendencia geral dos estados civilizados. Desde 1648, em que forem equiparados os estados catholicos e protestantes perante o direito internacional, até 1899, em que o Japão entrou na familia dos estados, a generalização do direito internacional tem sido notavel e a comunidade das nações tem alargado progressivamente a sua esphera de acção, sendo de crer que, num futuro mais ou menos remoto, ella alcance a totalidade ou a quasi totalidade dos povos pela diffusão e nivelamento geral da civilização.

---

## § V

### Systematização do direito internacional <sup>1</sup>

SUMMARIO : — 33. Necessidade e base positiva da organização systemática do direito internacional, Systematização de DE MARTENS. — 34. O systema que seguimos baseado na ideia da comunidade internacional considerada na sua organização e no seu funcionamento. Logar que ahi occupa o direito internacional privado.

33. O estudo scientifico do direito internacional abrange naturalmente a complexidade dos seus problemas e exige a sua distribuição numa ordem logica regida por uma ideia geral, isto é, suppõe um systema tão amplo, que abraçe todas as questões relativas á disciplina jurídica das relações entre os estados, e tão logico, que todos os principios se liguem naturalmente e formem um todo harmonico e homogeneo.

A systematização do direito internacional, como nota HOLTZENDORFF, deve, porém ser a formula scientifica da interpretação dos factos da vida internacional e deve, porisso, assentar na base positiva da observação desses factos.

---

<sup>1</sup> HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 71 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 235 e segg.; MARQUÉS DE OLIVAR, *Derecho internacional publico*, tom. 1, pagg. 89 e segg.; KABANSKY, *R. D. I. P.*, 1902, pagg. 353 e segg.; LFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, tom. 1, pagg. 45 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 76; HEFFTER, *Le droit international de l'Europe*, pag. 9; PRADIER, *ob. cit.*, vol. 1, pag. 144; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; etc.

A semelhantes condições corresponde, segundo cremos, o systema de DE MARTENS, systema que vamos esboçar e que, em geral, adoptamos na exposição do direito internacional.

O sabiô professor russo (S. Petersburgo), intendendo que a organização scientifica do direito internacional deve resultar do conjuncto e da significação das relações internacionaes, começa por declarar que examinará todas as questões partindo da ideia da communitade internacional, já que é sobre essa ideia que assenta a ordem internacional contemporanea e por ella devem ser justificadas e ligadas todas as proposições emanadas da sciencia do direito internacional.

Esse systema comprehende: uma parte *geral*, em que DE MARTENS estuda, primeira, o direito da communitade internacional e, depois, os direitos dos estados, *a*) como membros da sociedade internacional, *b*) como estando submettidos ao direito internacional nas suas relações reciprocas, *c*) em relação aos seus territorios, *d*) e como contractantes vinculados por obrigações internacionaes; e uma parte *especial*, em que são examinadas todas as relações internacionaes sob a inscripção geral de *administração internacional* dos estados. Esta administração abrange — as relações reaes e vitaes que unem os povos modernos e que DE MARTENS reduz ás tres categorias de *a*) relações derivadas dos interesses *espirituaes* (religiosos, intellectuaes e estheticos), *b*) relações derivadas dos interesses materiaes e economicos, *c*) e relações tendentes á regularização das relações juridicas dos individuos e á protecção dos direitos dos nacionaes em país estrangeiro (direito internacional privado e direito internacional criminal), — e bem assim o direito de guerra e o direito dos neutros, em que o auctor estuda os meios legaes de que dispõem os estados para salvaguardar os seus interesses e os seus direitos na qualidade de belligerantes ou de neutros.

O systema de DE MARTENS é completo, pois, assentando

basicamente na realidade positiva da comunidade internacional, considera esta na sua organização e nos seus elementos, e acompanha os estados em todas as suas relações, tanto nas relativas aos interesses geraes das collectividades nacionaes, como nas referentes aos interesses e direitos dos individuos, como ainda nas provocadas pelos conflictos internacionaes <sup>1</sup>.

Ao lado de DE MARTENS, importa mencionar KASANSKY, outro professor russo (Odessa), o qual, aproveitando certamente as ideias de DE MARTENS, determinou, com verdadeira nitidez, as bases duma systematização scientifica do direito internacional. Este professor definindo o direito internacional como o conjuncto de principios juridicos destinados a regular as relações mutuas dos estados, as sociedades internacionaes e a condição civil internacional dos individuos, precisa a sua ideia dizendo que aquelle direito é especialmente chamado a regular a organização e o funcionamento da comunidade internacional dos estados e das sociedades internacionaes <sup>2</sup>.

A ideia posta em evidencia por KASANSKY é claramente a ideia da funcção caracteristica do direito internacional, emquanto lhe assigna o destino de regular e garantir a organização e o funcionamento da sociedade internacional.

34. Pensando, com HOLTZENDORFF, que um systema scientifico do direito internacional só pode basear-se na observação dos factos da vida intersocial e notando, com DE MARTENS, que toda a ordem internacional contemporanea assenta na ideia da comunidade das nações, a esta ideia referimos, ainda com o segundo escriptor, toda a organização scientifica do direito internacional.

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pagg. 335 e segg.

<sup>2</sup> *R. D. I. P.*, 1902, pagg. 353 e segg., e 1904, pag. 347; *R. D. I.*, 1902, pagg. 465 e 466.

Mas a comunidade internacional revelada pelos factos apparece-nos sob dois aspectos fundamentaes, o aspecto estatico da sua-organização e o aspecto dynamico do seu funcionamento. O direito internacional, porisso, tem como natural destino regular e garantir aquella organização e este funcionamento, donde deriva a sua logica divisão em dois grandes capitulos, formados respectivamente pelos principios disciplina-dores da *organização* e da *acção* da sociedade internacional.

O problema da organização da sociedade internacional des-dobra-se naturalmente em dois, o problema da determinação dos elementos dessa organização, ou seja a indicação dos mem-bros da collectividade internacional e da esphera geographica em que a sua acção se exerce, ou seja ainda a descripção da *população* e do *territorio* da sociedade internacional, e o pro-blema da forma mesma da organização, isto é, o problema da natureza do *vinculo constitucional* que liga os estados compo-nentes da comunidade internacional, da criação dos orgães encarregados de dirigir os interesses communs desses estados, bem como do processo natural de os mesmos estados discipli-narem formalmente as suas relações segundo o mode de ser actual da sociedade por elles constituída, isto é, a *theoria geral dos tratados*.

Passando da organização ao funcionamento da sociedade internacional, mostram os factos que este funcionamento se traduz em relações de *cooperação* dos estados para realizar *interesses communs*, quer *interesses geraes directos* das collecti-vidades nacionaes, quer *interesses ligados ao exercicio da acti-vidade dos nacionaes* dum país no dominio jurisdiccional doutro país. E ao direito internacional compete regular e garantir tanto una como outra forma de cooperação, disciplinando as relações internacionaes respectivas.

Mas, regulando a organização da sociedade internacional e garantindo o seu funcionamento na realização dos interesses

reciprocas das collectividades nacionaes, o direito internacional disciplina a vida normal da communitade das nações. Resta, porisso, a situação anormal e excepcional constituida pelos conflictos dos estados, de que o direito internacional tambem deve occupar-se para lhes procurar uma solução *justa*. É, por assim dizer, o estado pathologico da sociedade internacional, que se torna necessario curar ou por meios brandos e pacificos, pelos quaes se restabeleça a harmonia dos estados, ou por meios violentos por que se attendam as suas reclamações, apparecendo entre estes ultimos a guerra, como recurso extremo para conseguir tal resultado. O direito internacional regula todos os processos de resolver os conflictos dos povos, ou para assegurar a sua efficacia ou para normalizar o seu emprego, estando nisso a sua derradeira missão, que é por certo ainda a regulamentação dum modo particular do funcionamento da sociedade internacional.

As considerações que acabamos de fazer contêm os traços geraes do systema que adoptamos no estudo do direito internacional.

No systema que seguimos, muitas vezes imitado de DE MARTENS e de KASANSKY, congloba-se todo o direito internacional, que é uso distinguir em direito internacional publico e direito internacional privado, destinado o primeiro a regular as relações dos estados referentes a interesses publicos e collectivos de cada um delles, como alianças, tratados de paz, correios, telegraphos, navegação, etc., tendente o segundo a regular as relações dos estados derivadas dos interesses particulares dos seus nacionaes, como são os referentes ao modo de fixar a condição juridica do individuo em país estrangeiro ou de regular as relações juridicas creadas entre individuos de differente nacionalidade.

O motivo que nos determinou foi que, embora reconhecamos que as duas manifestações do direito internacional se dis-

tinguem quando se consideram os interesses immediatos a que respeitam, descobrimos entre ellas intimos pontos de contacto, tanto no que respeita á sua base fundamental, que é a existencia real da consciencia duma comunidade de direito no mundo civilizado, como quanto aos seus modos de formação, que são o costume e os tratados, como ainda relativamente ao seu destino final, que consiste em harmonizar os interesses particulares de cada estado com os interesses geraes da comunidade internacional. Effectivamente, porque uma ideia de comunidade de direito domina o mundo civilizado, é que o individuo é respeitado fóra do seu país, que, por meio de usos e tratados, se asseguram cada vez melhor a sua situação jurídica e as relações de direito que lhe dizem respeito, e que se procura harmonizar as diferenças de legislação, emquanto ellas traduzem o modo de ser particular de cada país, modo de ser segundo o qual se estatuem os direitos do individuo. O direito internacional publico e o direito internacional privado devem, porisso, integrar-se numa só organização systematica, que subordine a uma unidade superior de principios communs normas jurídicas que se firmam na mesma base fundamental, se constituem por processos eguaes, e se completam no seu destino final <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> GROCIO deu ao direito internacional o nome de *jus gentium*, como se vê do subtítulo da sua obra — *jus naturae et gentium*, attribuindo áquella expressão um sentido differente do que ella tinha entre os romanos, pois que lá significava o direito applicavel ao mesmo tempo aos cidadãos e aos peregrinos, em todo o caso um direito romano e na sociedade romana desinvolido, e em GROCIO designa o direito regulador das relações entre os povos, *jus quod inter populos versatur*. Semelhante designação foi muito usada, ainda hoje é empregada por alguns escriptores, e a expressão dos anglo-americanos *law of nations* bem como a dos allemães *Völkrecht* não são mais que a traducção litteral de *jus gentium*.

Contudo, já FRANCISCO DE VICTORIA usara a expressão *jus inter omnes*

---

*gentes*, o mesmo GROCIO empregava a fórmula *jus inter populos*, até que ZOUCH vulgarizou a designação *jus inter gentes*, que BENTHAM traduziu por *international law*, expressão que, vertida para as linguas románicas, produziu as denominações correspondentes á nossa *direito internacional*, que temos empregado e continuaremos a empregar.

Não modificamos aquella expressão, como fazem HEFFTER, chamando á nossa sciencia *Direito internacional da Europa*, e PRADIER, dando-lhe o nome de *Direito internacional europeu e americano*, por julgarmos semelhantes designações hoje pouco rigorosas, como facilmente se infere do que acima deixamos dicto ácerca do imperio geographico do direito internacional, embora, consentaneamente com as considerações ahí feitas, limitemos o direito internacional ao dominio movei da comunidade internacional (DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 39; NYS, *Études de droit. int.*, 1, pagg. 10 e segg.). A terminologia de HEFFTER e de PRADIER traduz dois estadios evolutivos que o direito internacional atravessou, mas não corresponde á sua concepção actual como direito regulador das relações de todos os estados cujas condições de civilização podem basear um regimen de reciprocidade de direitos e obrigações.

---



# LIVRO I

## PRINCIPIOS GERAES

### CAPITULO I

#### Prenoções

##### § I

#### O individuo e a sociedade internacional

SUMMARIO : — 1. Aparecimento natural dum direito regulador da situação jurídica do individuo na sociedade internacional. O direito internacional privado. — 2. *Processus* da formação desse direito. — 3. A utilidade do novo ramo da sciencia jurídica.

1. A expansão internacional do commercio, a crescente facilidade e rapidez das communicações, o desejo da instru-

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, pagg. 1 e segg., e *Droit international privé*, Paris, 1905, pagg. 2 e segg.; ASSER, *Éléments de droit international privé* (trad. de RIVIER), Paris, 1884, pagg. 3 e segg.; WEISS, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1905, pagg. xxiv e segg., e *Traité théorique et pratique de droit international privé*, tom. III, Paris, 1901, pagg. 1 e segg.; FIORE, *Elementi di diritto internazionale privato*, pagg. 1 segg., e *Le droit international privé* (trad. de CH. ANTOINE), *Lois civiles*, tom. I, pagg. 1 e segg.; ROLIN, *Principes de droit interna-*

ção, o amor das viagens, a emigração, a tendencia apaixonada dos povos para aquisição e exploração de novos territorios, mil causas, em summa, vieram determinar a deslocação dos individuos do seu país e produzir uma intensissima mutualidade de relações entre os individuos dos diversos estados, originando, na phrase de PILLET, uma intensa *multiplicação das trocas internacionaes* e uma larguissima *penetração reciproca dos povos*, que são as grandes características da nossa epoca.

Esta *internacionalização*, progressiva das relações individuaes exigia naturalmente a criação tambem progressiva dum direito novo que regulamentasse e garantisse as novas fórmulas de manifestação da actividade individual, para esta ser exercida com a indispensavel segurança. «Ir-se-ia ao estrangeiro, pergunta aquelle escriptor, se não houvesse a certeza de ahi ter segura a pessoa e a propriedade? Emigrar-se-ia, se se corresse o risco de se ser excluido da protecção do direito?

---

*tional privé*, Paris, 1897, tom. 1, pagg. 3 e segg.; AUDINET, *Principes élémentaires du droit international privé*, Paris, 1906, pagg. 1 e segg.; VAREILLES SOMMIÈRES, *La synthese du droit international privé*, vol. 1, pagg. 1 e segg.; TORRES CAMPOS, *Elementos de derecho internacional privado*, pagg. 15 e segg.; DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 4.º éd., Paris, 1904, pagg. 2 e segg.; VON BAR, *Théorie und Praxis des internationalen Privatrechts* (trad. ing. de GILLESPIE), Edimburgo, 1892, pagg. 1 e segg.; MEILI, *Das internationale Civil- und Handelsrecht* (trad. ing. de KUHN), New-York, 1905, pagg. 2 e segg.; DICEY, *The conflict of laws*, London, 1896, pagg. 1 e segg.; WESTLAKE, *Private international law*, London, 1890, pagg. 1 e segg.; Sr. LUCAS FALCÃO, *Do direito internacional privado*, Coimbra, 1868, pagg. 51 e segg.; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pagg. 1 e segg.; Sr. Conselheiro TEIXEIRA D'ARREU, *Relações civis internacionaes*, pagg. 9 e segg.; Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA, *Execução extraterritorial das sentenças civis e commerciaes*, pagg. 1 e segg.; Sr. Dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*, pagg. 1 e segg.; etc.

E, inversamente, quem ousaria entrar em relações com estrangeiros, se não soubesse que podia adquirir contra elles toda a auctoridade que o direito dá aos que se conformam com as suas prescripções?».

O *internacionalismo*, pois, porque creou uma *sociedade internacional de ordem privada*, devia crear uma comunidade juridica correspondente, uma lei reguladora dessa sociedade, um *direito internacional privado*, que fosse, segundo a definição do mesmo escriptor, a *regulamentação juridica das relações internacionaes de ordem privada*. Este direito foi, com effeito, apparecendo pouco e pouco e segue constantemente na linha da sua evolução progressiva.

2. Ethnographica ou mesologicamente distinctos, estabeleceram os differentes povos leis divergentes para a regulamentação e garantia das relações dos individuos que os compõem, já na determinação do seu estado e da sua capacidade, já no exercicio da sua actividade juridica. A penetração reciproca dos povos e a internacionalização crescente das relações individuaes representaram porisso a approximação e o encontro de leis nacionaes distinctas, acima ou ao lado das quaes devia estabelecer-se a *lei internacional* que regulasse as relações constituidas entre individuos nacionalmente ligados a differentes normas juridicas.

A substituição das differentes legislações nacionaes por uma legislação unica, que assimilasse juridicamente todos os povos e uniformizasse o regimen juridico das relações individuaes, não poderia esperar-se, por falta duma auctoridade superior que a decretasse, nem poderia mesmo tentar-se com successo para a generalidade das relações individuaes, pois uma mesma lei não pode accomodar-se a todas as raças e a todos os meios na symetria absoluta duma fórmula universal. A solução procurou-se, porisso, num *systema de justa combinação das*

*differentes leis nacionaes* em ordem a dar a cada uma a influencia e a applicação consideradas legitimas quanto ao exercicio da actividade individual e ao respeito do interesse publico do estado onde essa actividade se torne effectiva, procurando reunir numa direcção commum as forças divergentes das legislações dos diversos povos. Nas relações de individuos de diferentes países ou no exercicio da actividade juridica do individuo fóra do estado de que é subdito, o respectivo regimen juridico é formado por uma racional coordenação dos preceitos *das leis pessoaes* ou *das leis locaes* segundo as exigencias do interesse individual e do interesse territorial. Para esse effeito têm conjugado os seus esforços — os homens de sciencia, organizando systemas doutrinaes determinadores da fórmula daquella coordenação, — os legisladores, inserindo nas leis nacionaes regras referentes á situação juridica dos estrangeiros, — e a diplomacia, concluindo tratados ou especiaes ou geraes para ir fixando o accordo das nações na consignação dos principios reguladores das relações privadas internacionaes, do que resultou a constituição progressiva duma certa *communidade de direito* entre os estados civilizados tendentes a assegurar aos estrangeiros um minimo de direitos sufficiente para lhes garantir a prática livre e efficaz das relações privadas, a resolver de modo justo os conflictos das leis provocados por essas relações, e a reconhecer a cada um a garantia dos direitos adquiridos no dominio das relações internacionaes.

3. A constituição do direito internacional privado tem representado e representará cada vez mais, á medida que for aperfeiçoando as suas instituições, um evidente factor de civilização, exercendo nas relações dos individuos na ordem internacional a dupla função que todo o direito exerce na vida social, isto é, uma função de *directão*, emquanto define a situação juridica do homem na sociedade dos estados e por-

tanto indica o modo como elle ha de conduzir-se nas suas relações com os outros homens de differente nacionalidade ou no exercicio da sua actividade fóra do seu país, e uma funcção de *garantia*, emquanto assegura a protecção dos estados que compõem a sociedade internacional áquelles que apoiarem nas suas disposições a defesa dos proprios direitos. E, dirigindo e garantindo, cria o direito internacional privado na sociedade internacional de ordem privada a *certeza do direito*, que é uma condição de conservação e de progresso em todas as sociedades humanas <sup>1</sup>.

## § II

### Objecto do direito internacional privado <sup>2</sup>

SUMMARY: — 4. Determinação geral dos problemas que constituem objecto do estudo do direito internacional privado: condição dos estrangeiros; conflictos de leis; effeito dos actos juridicos praticados em país estrangeiro. — 5. Conflictos de leis que entram na esphera d'acção do direito internacional privado: leis civis, commerciaes e de processo civil. — 6. Conflictos de leis nas relações de estados associados politicamente em união pessoal ou real e confederação ou federação, e conflictos de leis entre provincias ou possessões do mesmo estado.

4. Segundo a generalidade dos auctores, constitue objecto exclusivo do direito internacional privado a resolução dos *conflictos* das leis de ordem privada.

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pag. 14,

<sup>2</sup> SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tom. VIII, pagg. 27 e segg.; LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, Paris, 1888, tom. I, pagg. 1 e segg.; PILLET, *Principes*, pagg. 24 e segg., e *Droit int. privé*, pagg. 12 e segg.; ASSER, *ob. et log. cit.*; WEISS, *ob. et log. cit.*; FIORI, *ob. et log. cit.*;

Os conflictos de leis dão-se sempre que uma mesma relação jurídica, ligando-se pelos seus diversos aspectos a legislações diferentes, faz nascer a questão de saber que lei lhe deve ser applicada. Assim se, por exemplo, um portuguez faz o seu testamento em Hespanha ou casa com uma italiana em França, torna-se de logo evidentemente necessario determinar a lei reguladora ou do acto testamentario, ou das condições de fundo e fórma do casamento e das relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges. Ha, pois, conflictos de leis quando as circunstancias que acompanham a criação, modificação ou extincção duma relação jurídica, como o logar da celebração do acto juridico respectivo, a nacionalidade ou domicilio das partes interessadas, a situação dos bens, etc., determinam a *concorrença* de leis e permitem duvidar de qual seja o direito applicavel á mesma relação jurídica.

Alguns dos escriptores, que limitaram a sciencia do direito internacional privado á resolução dos conflictos de leis, têm-lhe chamado logicamente *theoria dos conflictos das leis*.

Todavia alguns escriptores modernos alargam o quadro das doutrinas do direito internacional privado, fazendo ahi entrar outros problemas além da *theoria dos conflictos*. PILLET, que é, do nosso conhecimento, o que mais proficientemente tratou o assumpto, confessando embora que as questões de conflictos são certamente as mais numerosas e as mais difíceis das que entram no ambito do direito internacional privado, intende comtudo que não são as unicas e attribue áquelle direito um triplice objecto: 1.º) a regulamentação em cada país da con-

---

DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 131 e segg.; VON BAR, DICEY e WESTLAKE, *obb. et logg. citt.*; MEILI, *ob. cit.*, pag. 4; TORRES CAMPOS, *ob. cit.*, pagg. 24 e segg.; Sr. LUCAS FALCÃO, *ob. et log. cit.*; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 14 e segg.; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pagg. 11; etc.

dição dos estrangeiros; 2.º) a resolução dos conflictos entre legislações diferentes; 3.º) a determinação num país qualquer dos effeitos dos actos juridicos praticados no estrangeiro, ou, em outros termos, a determinação do effeito internacional dos direitos adquiridos.

Para o eminente escriptor, os problemas constitutivos do direito internacional privado correspondem aos tres momentos em que podemos considerar a existencia de todo o direito, isto é, na *capacidade* ou aptidão para possuir um certo direito, no *exercicio do direito* ou momento em que o direito se individualiza e fixa numa determinada pessoa, e na *sancção*, quando o titular do direito realizado reclama as garantias a esse direito inherentes. Todos estes momentos são distinctos, e distinctas são tambem as questões que lhes correspondem no direito internacional privado.

A fixação, num determinado país, dos direitos dos estrangeiros, que é a definição da sua capacidade juridica, constitue evidentemente materia internacional e não entra na theoria dos conflictos. O conflicto suppõe que um determinado individuo *possue* e pode *exercer* um certo direito, pois só pode apparecer o problema da escolha da lei reguladora duma relação juridica quando alguém é *capaz* de constituir a mesma relação juridica, já que só então pode apparecer a concorrência de leis e a duvida ácerca da lei competente. Demais, o conflicto deriva da concorrência de leis, e para a determinação da condição dos estrangeiros só a lei local é competente. Embora não possa proceder arbitrariamente deva attender ás exigencias da comunidade internacional e tenha de conformar-se com principios de direito internacional, o legislador tem o direito de organizar por si, sem attenção ás leis dos outros países, a situação dos estrangeiros que se encontrem ou residam no país.

Determinada a capacidade do estrangeiro, se este traduz a capacidade em actos, isto é, se exerce os direitos que lhe são

attribuidos pela lei local, porque pode apparecer duvida sobre a lei reguladora das respectivas relações juridicas e pode nascer o conflicto, torna-se necessario formular o principio da sua resolução, o que constitue una manifestação caracteristica e diferenciada da vida do direito internacional privado.

Pode, porém, a função de direcção e garantia desse direito ter de exercer-se em relação a uma terceira especie de questões bem distinctas das anteriores e que representam um *estadio* novo no seu destino positivo. São as questões respeitantes ao *reconhecimento internacional dos direitos adquiridos*, que podem apparecer sempre que uma pessoa pretenda fazer valer num país os direitos anteriormente adquiridos noutro país. Assim: nacional ou estrangeiro, um individuo adquire num determinado estado os direitos que estão dentro das suas faculdades legais, como a qualidade de proprietario ou de credor, e muda depois de nacionalidade por qualquer processo, naturalização ou annexação, por exemplo, ou transfere para outro estado o seu domicilio ou residencia, e deseja tornar effectivos no novo estado aquelles direitos. Poderá fazê-lo? Dentro de que limites? Estas questões têm indiscutivelmente caracter internacional, já que interessam duas legislações independentes e duas soberanias. Não se confundem, porém, com as questões relativas á condição dos estrangeiros, pois é bem diferente a situação dum individuo que pretende adquirir um direito em conformidade das leis competentes daquelle que, tendo já adquirido o direito, invoca os effectos derivados da posse do mesmo direito, não se identificando, por exemplo, a situação de quem pretende adquirir a propriedade com a de quem defende a propriedade adquirida. Eguualmente se differenciam das questões de conflictos, já porque estes se resumem em questões de escolha da lei a applicar para o direito ser regularmente adquirido e aquellas discutem o valor internacional dos effectos da aquisição, já porque as segundas são questões

de validade das relações jurídicas internacionaes e as primeiras são questões de reconhecimento exterritorial do alcance duma relação jurídica cuja validade já não é discutida.

Tal é, nos seus traços geraes, a doutrina de PILLET, que julgamos inteiramente racional e plenamente accetamos, lembrando as palavras que, a respeito de tal doutrina, escreveu um critico da sua obra: «No segundo capitulo da primeira parte, o auctor expõe, dum modo que nos parece em geral irrepreensível, o objecto do direito internacional privado»<sup>1</sup>.

É de notar que esta doutrina tem sido seriamente criticada quanto á separação entre o problema dos conflictos e o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Dessa critica daremos, porém, noticia quando estudarmos o terceiro problema do direito internacional privado, pois só então teremos os elementos indispensaveis para bem resolver a questão<sup>2</sup>.

5. Sendo o problema central do direito internacional privado a solução dos conflictos das leis privadas, cumpre delimitar com precisão a amplitude do problema, determinando as especies de conflictos que elle abrange.

Ha duas ordens de conflictos que todos os escriptores fazem entrar no estudo do direito internacional privado. São os conflictos das *leis civis* e os conflictos das *leis commerciaes*. As leis civis e commerciaes organizam o regimen juridico das relações privadas, quer dos individuos quer das pessoas collectivas,

---

<sup>1</sup> ALBÉRC-ROLIN, *R. D. I.*, 1903, pag. 593.

<sup>2</sup> DESPAGNET, *R. D. I. P.*, 1903, pag. 822, e BERNARD, *Journal du droit international privé*, 1904, pag. 769, 1906, pagg. 647 e 1064, e 1907, pagg. 56 e scgg.; CAVAGLIERI, *La teoria dei diritti acquisiti in due recenti operi di diritto internazionale privato* (PILLET e VAREILLES-SOMMIÈRES), Pisa, 1905.

e porisso nenhuma duvida se levanta sobre a inclusão do problema da resolução dos seus conflictos no systema do direito internacional privado.

Suscitam-se, porém, duvidas relativamente aos conflictos das *leis de processo civil* ou *commercial*, e relativamente aos conflictos das *leis penaes*.

As leis de processo, porque respeitam á organização e funcionamento dum serviço do Estado — a função judiciaria, entram claramente na esphera de acção do direito publico interno, e por isso os seus conflictos entram logicamente na parte do direito internacional que, segundo a linguagem classica, se denomina direito internacional publico. As regras relativas á competencia dos tribunaes nas relações internacionaes, as fórmulas ou prazos de processo, a execução das sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, as rogatorias entre auctoridades judiciaes de países diferentes, e, em geral, a organização e funcionamento das jurisdicções relativamente a estrangeiros ou a actos passados em país estrangeiro, affectam o interesse dos estados considerados como collectividades politicas, e portanto integram-se naturalmente na parte do direito internacional que regula as relações internacionaes respeitantes aos interesses geraes directos dos estados. Comtudo, os principios de processo civil e commercial representam um complemento tão indispensavel do direito respectivo como meio de organizar e tornar effectiva a sancção desse direito, que a generalidade dos escriptores estuda os respectivos conflictos no direito internacional privado. Procedemos de modo semelhante, subordinando embora o nosso estudo á ideia de que se trata de assumptos que, longe de serem de interesse meramente particula, respeitam ao interesse geral das collectividades politicas, e incluindo a analyse de taes conflictos num capitulo especial em que se procure determinar a situação dos estrangeiros perante os tribunaes de justiça em materia civil e

commercial e a funcção destes tribunaes em materia de direito internacional privado e que denominamos *direito internacional judiciario*.

As leis penaes organizam a defesa social contra o crime, destinam-se a salvaguardar o interesse geral da collectividade, e porisso os seus possiveis conflictos ou a sua coordenação internacional entram inteiramente no direito internacional publico. Nem se torna necessario ligar o seu estudo ao do direito internacional privado, pois que os principios de resolução desses conflictos ou de realização dessa coordenação em nada se tornam necessarios para completar o estudo dos conflictos das leis privadas. Demais, o estudo das leis penaes nas relações internacionaes vae assumindo organização independente sob o nome de *direito internacional criminal*.

6. Os conflictos das leis privadas podem dar-se, quer nas relações de estados separados inteiramente na sua vida politica, quer nas relações de estados politicamente associados, mas que conservam a autonomia de legislação, quer ainda entre provincias ou possessões dum estado unitario quando nelle vigorem leis locaes differentes.

Á hypothese de relações entre estados politicamente separados tem inteira applicação o direito internacional privado. Ahi apparecem em toda a sua frisante expressão os problemas da condição dos estrangeiros, dos conflictos, e do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.

Na hypothese de estados politicamente associados, como as uniões pessoaes ou reaes, as confederações ou federações, conservando os estados particulares, como conservam mais ou menos, a autonomia legislativa, as differenças de legislação farão apparecer conflictos e estes deverão resolver-se, por semelhança, segundo os principios do direito internacional privado, a não ser que a auctoridade soberana commum fixe

legislativamente principios de resolução dos mesmos conflictos. Os dois problemas, porém, da condição dos estrangeiros e do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos terão em tal hypothese pequena importancia, pois, como nota PILLET, nas relações de estados unidos politicamente não ha propriamente estrangeiros, não se compreendendo que uma pessoa seja collocada, sob o ponto de vista do direito privado, numa situação inferior por pertencer a uma comunidade politica differente daquella em cujo territorio tem a sua residencia, e seria inintelligivel que um acto regularmente celebrado em um dos estados componentes do mesmo systema politico não fosse reconhecido pelos outros estados.

Na hypothese de differenças legislativas entre provincias ou colonias dum estado unitario ou entre a metropole e as colonias, a situação é semelhante á da hypothese anterior. Haverá naturalmente conflictos de leis privadas e estes ainda deverão ser resolvidos, por semelhança, segundo os principios do direito internacional privado, se na legislação commum não estiver indicado o modo de lhes dar solução; os dois restantes problemas daquelle direito não poderão certamente manifestar-se. O problema dos conflictos resulta da simples divergencia de legislações; os problemas da condição dos estrangeiros e do reconhecimento dos direitos adquiridos suppõem, além disso, a divergencia e completa separação das soberanias <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> PILLET, *Droit international privé*, pag. 21; MEILI, *ob. cit.*, pag. 46.

## § III

Natureza do direito internacional privado <sup>1</sup>

SUMMARIO — 7. Theorias ácerca da natureza do direito internacional privado. Theoria da *comitas gentium*. Theorias da *juridicidade*. A escola nacionalista e a escola internacionalista. — 8. Apreciação destas escolas. — 9. Significado e valor das leis nacionaes em materia de direito internacional privado. — 10. Caracter geral dos preceitos do direito internacional privado formulados nas legislações nacionaes.

7. A necessidade de regulamentar e garantir a sociedade internacional de ordem privada produziu o apparecimento do direito internacional privado e o pensamento juridico dominante attribuiu-lhe a natureza dum verdadeiro *direito*, isto é, dum conjuncto de preceitos necessarios á conservação e desinvolvimento das sociedades cultas e de normas obrigatorias vinculadoras da vontade dos povos civilizados, e portanto, um systema de regras imperativas para os tribunaes chamados a conhecer das relações a que ellas respeitam e um systema de

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 48 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 21 e segg.; JITTA, *La Méthode du droit international privé*, Haye, 1890, pagg. 32 e segg.; VON BAR, *ob. cit.*, pagg. 98 e segg.; WEISS, *Traité*, vol. II, pagg. 164 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 783 e segg.; DARRAS, *De la connaissance, de l'application et de la prouve de la loi étrangère*, no *J. D. I. P.*, 1901, pagg. 209 e segg.; LIGEOIX, *J. D. I. P.*, 1904, pagg. 559 e segg.; FENOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, vol. I, 1905, pagg. 4 e segg.; ANZILOTTI, *Studi critici di diritto internazionale privato*, 1898, pagg. 103 e segg., e *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pagg. 122 e segg.; OTTOLENGHI, *Dei rapporti di pertinenza fra il diritto internazionale privato e il diritto delle genti*, Torim, 1907; CAVAGLIERE, *L'elemento consuetudinario nel diritto internazionale privato*, Padova, 1908; DIENA, *ob. cit.*, pag. 18.

garantias juridicas para a protecção daquelles cuja actividade se torna effectiva fóra da acção jurisdiccional do seu país.

Este conceito de *juridicidade* do direito internacional privado substituiu já geralmente o systema da cortesia internacional — *comitas gentium*, formulado pelos jurisconsultos estatuarios JOÃO VOET, HUBER e HERTIUS, e depois seguido principalmente por escriptores anglo-americanos, segundo o qual, a concessão de direitos aos estrangeiros, o reconhecimento das leis estrangeiras para regular determinadas relações juridicas e o reconhecimento dos direitos adquiridos em outros países, não revestiam um character obrigatorio, mas representavam apenas um acto de *conveniencia internacional* derivada da *vantagem reciproca* de os estados respeitarem na pessoas dos subditos dos outros estados determinadas faculdades juridicas e certos direitos adquiridos e consentirem que pelas suas leis nacionaes fossem reguladas a certos respeitos as relações sociaes que interessam aos estrangeiros.

Semelhante transformação conceitual foi o resultado duma interpretação mais exacta das relações que constituiram entre os povos cultos uma comunidade internacional de ordem privada. Os progressos da civilização tornaram esta comunidade uma *condição de existencia* das sociedades modernas e porisso as normas dirigentes da regulamentação e garantia das relações por que a mesma comunidade se affirma, em vez do apoio fallivel e arbitrario da conveniencia de cada estado, que era o assento em que o systema da cortesia internacional firmava a medida dos direitos a conceder ou a reconhecer aos estrangeiros e o reconhecimento das leis privadas dos outros estados, precisavam duma base certa e segura constituida por preceitos obrigatorios, por principios imperativos, que lhes dessem todo o valor e toda a efficacia de normas informadoras duma regulamentação juridica. A evolução doutrinal era logica. Uma norma de cortesia era pouco para assegurar a satisfação

duma necessidade da civilização. Só o imperativo do direito podia preencher plenamente esse destino.

Mas, se a disciplina das relações privadas internacionaes constitue um verdadeiro direito, qual a natureza especifica do novo ramo das sciencias juridicas?

Alguns escriptores, como AUBRY, WESTLAKE, DÍCEY, OLIVI, HARRISON, KAHN, NIEMEYER, etc.<sup>1</sup>, dando embora ao direito internacional privado o nome e o valor dum systema de direito, não admittem que seja um direito, entre nações suppondo verdadeiras obrigações internacionaes, para apenas o considerarem como uma parte do direito interno encarado sob um ponto de vista especial. Um systema de direito, porque se impõe á vontade do estado por motivos de justiça e de interesse social, e não por considerações de cortesia internacional, mas um *systema de direito interno*, pois que, cada estado regula como intende, sem se preocupar com principios communs a adoptar nos differentes estados, a condição dos estrangeiros, os conflictos das leis ou o reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro, e isto porque as questões a que respeita o chamado direito internacional privado são meras questões de interpretação das leis internas e de interesse particular, sem caracter internacional, que, porisso, não affectam as relações dos estados como membros da communidade internacional. É por uma obrigação do estado para consigo mesmo, e não por um dever para com os outros, estados, que elle regula e garante a situação juridica dos estrangeiros, do mesmo modo que regula e garante a situação juridica dos nacionaes. Além de que os principios do direito internacional privado são, na sua quasi

---

<sup>1</sup> WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; DÍCEY, *The conflict of laws*, pagg. 2 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 30; PILLET, *ob. cit.*, pag. 56, nota; ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 129, nota; OTTOLENGHI, *ob. cit.*

totalidade, formulados em leis internas e não resultam da vontade commum dos estados, que constitue a unica base positiva do direito internacional.

Esta concepção *nacionalista* do direito internacional privado parece, porém, a outros escriptores theoreticamente erronea e praticamente perigosa, e porisso á *escola nacionalista* se contrapõe a *escola internacionalista*, que procura formular uma concepção daquelle direito ao mesmo tempo mais exacta nas suas bases scientificas e mais efficaz nas suas applicações á vida social.

Para os escriptores da escola internacionalista, o erro theoretico da escola nacionalista resulta das seguintes considerações.

Em primeiro logar não se quer ver o evidente interesse dos estados em que os subditos desinvolvam com inteira *segurança juridica* as suas relações com os estrangeiros. Com effeito, o estado não pode deixar de ter um decidido interesse em que os seus nacionaes vivam sob a protecção do direito tanto dentro como fóra da sua esphera jurisdiccional, e porisso é patente que lhe não pode ser indifferente o tratamento juridico que elles recebam da parte dds outros estados. É que a participação de cada estado no convivio internacional só será possivel e efficaz quando os seus nacionaes tenham garantida na sociedade das nações uma constante applicação do direito. A regulamentação juridica das relações internacionaes de ordem privada tem, assim, não só o nome, mas ainda o valor e a significação duma questão internacional do mais alto interesse para todos os estados.

Depois, esquece-se que todos os problemas do direito internacional privado affectam directamente a soberania, que é a expressão suprema da vida do estado como pessoa da sociedade internacional.

O problema da condição dos estrangeiros, que se resume na determinação dos direitos que cada estado *pode* conceder

aos subditos dos outros estados sem prejuizo da propria soberania e *deve* conceder-lhes em respeito á soberania desses estados, aos quaes não pode ser indifferente que os seus subditos tenham ou deixem de ter assegurado uma situação juridica que os habilite a exercer efficazmente a sua actividade, relaciona-se evidentemente com os interesses communs das nações e com os direitos inherentes á sua soberania. O problema dos conflictos procura fixar a lei reguladora das relações juridicas ou dalgum dos seus aspectos, isto é, propõe-se indicar a lei *competente* para resolver as questões emergentes das relações internacionaes de ordem privada, e, porque a lei é uma manifestação directa da soberania, determinar a competencia respectiva das leis de diferentes nações, é resolver por certo uma questão de coordenação de soberanias. O problema dos effeitos dos actos juridicos praticados no estrangeiro tambem, por seu lado, se relaciona visivelmente com a soberania. Se o estado sanciona os direitos adquiridos em país estrangeiro, reconhece naturalmente as leis e a auctoridade, e, portanto, a soberania desse país, á sombra da qual elles foram adquiridos; se não os sanciona, só em motivos derivados da sua soberania pode basear a sua recusa. Sempre, pois, a soberania dum estado em função com a soberania dos outros estados.

Por fim, attribue-se ao direito internacional privado, na parte relativa á resolução dos conflictos, uma função muito differente daquella que realmente o caracteriza, quando se procura identificá-lo com o direito privado. Os dois direitos propõem-se, com effeito, fins differentes. Aquelle determina a lei a *applicar* a uma certa relação juridica; este determina quaes são as *disposições* dessa lei applicaveis para resolver um caso occorrente. O primeiro envolve uma questão de competencia legislativa; o segundo apenas encerra uma questão de interpretação, que pode ser de direito interno ou de direito estrangeiro, consoante a lei escolhida para regular a respectiva relação juridica. Um

representa uma delimitação de competencia entre legisladores; o outro tende á fixação ou á interpretação dos principios com que cada legislador deve regular ou tem regulado as relações juridicas entre particulares. Ora, sendo bem visivel que no caso da delimitação de competencia entre legisladores, e só então, ha verdadeiramente uma questão de caracter internacional, verifica-se facilmente que a identificação entre a nossa sciencia e o direito privado é o producto duma inexacta compreensão da função característica do direito internacional privado, e representa apenas o resultado duma confusão entre a natureza das relações determinantes dos conflictos, que são, com effeito, relações de direito privado, como relações de familia, direitos reaes, obrigações, etc., com a natureza dos mesmos conflictos, que resultam do encontro de leis de differentes estados como expressão da sua soberania.

O perigo pratico tambem é manifesto e deriva de que, sendo o direito internacional privado apenas um ramo do direito interno, que o estado deve organizar por virtude duma obrigação para consigo mesmo e não em attenção aos interesses communs das nações, pode semelhante doutrina produzir os inconvenientes do systema da cortesia internacional, alargando ou restringindo cada estado as garantias da situação juridica dos estrangeiros, segundo for mais amplo ou mais acanhado o criterio que presidir ao cumprimento daquella obrigação.

Portanto, conclue a escola internacionalista, a concepção do direito internacional privado, para ser theoreticamente exacta e socialmente effcaz, deve traduzir claramente a natureza dos interesses regulados por este direito e coarctar o arbitrio dos estados na definição da situação juridica dos estrangeiros. Ora, preceitos juridicos destinados a regular interesses de caracter frisantemente internacional e referentes a questões que se relacionam com a coexistencia e cooperação das soberanias dentro da sociedade internacional, já que questões de coorde-

nação das soberanias são os tres problemas fundamentaes do direito internacional privado, são preceitos de direito internacional no sentido dum systema de regras disciplinadoras das relações dos estados como comunidades politicas, impostos pela consciencia geral do mundo civilizado como condição da conservação e desinvolvimento dos povos que attingiram ou excederam um certo grau de civilização. O chamado direito internacional privado identifica-se assim fundamentalmente com o direito internacional publico como direito regulador das relações dos estados como membros da comunidade internacional, antes, é uma das manifestações do direito internacional publico.

E effectivamente, a escola internacionalista, representada por DESPAGNET, ANZILOTTI, PILLET, ZITELMANN, OTTOLENGHI, etc., proclama o direito internacional privado como um ramo do direito internacional considerado como um systema de preceitos juridicos reguladores das relações mutuas dos estados e vinculando juridicamente a vontade dos mesmos estados.

Para esta escola, o direito internacional privado tem assim a natureza e o fundamento de todo o direito internacional, embora lhe caiba uma função especifica dentro do organismo juridico internacional, qual é a — de coordenar o *direito de legislação privada* dos differentes estados, para o effeito de garantir efficazmente a situação juridica dos individuos dentro da sociedade internacional <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Segunde o conceito da escola internacionalista, o direito internacional publico e o direito internacional privado deixam, pois, de constituir systemas juridicos fundamentalmente differentes, representando apenas ramos do mesmo systema juridico — o direito internacional como direito regulador das relações mutuas dos estados considerados como comunidades politicas.

A multiplicação progressiva das relações sociaes entre individuos de differente nacionalidade e o sempre maior numero de casos em que o individuo tem que exercer a sua actividade juridica fóra do proprio país, determinaram, por um lado, o reconhecimento aos estrangeiros dum minimo de direitos sufficiente para a pratica do commercio internacional de character privado e produziram, por outro lado, o reconhecimento cada vez mais accentuado das leis estrangeiras, tanto para as applicar ás relações creadas entre nacionaes e estrangeiros, como para por ellas regular os actos praticados ou por estrangeiros no territorio do estado ou pelos nacionaes em país estrangeiro.

Foi para definir a condição dos estrangeiros e para regular a applicação e reconhecimento das leis estrangeiras na esphera dos interesses privados que se formou e desinvolveu o direito internacional privado. E porque ao estado interessa a situação dos seus nacionaes em país estrangeiro, os quaes, pelo facto de se expatriarem, não deixam de ser seus subditos e de depender da sua soberania, e porque a lei é uma expressão evidente da mesma soberania, aquelle direito veio claramente disciplinar interesses e relações internacionaes e exercer a função de coordenação das soberanias no dominio das leis privadas, e, porisso, revelou-se como um verdadeiro direito internacional com o destino especifico de determinar e medir a acção internacional das leis de ordem privada.

Mas o reconhecimento mutuo pelos estados no seu territorio das manifestações da soberania dos outros estados foi o resultado da *penetração reciproca das soberanias*, que representa uma das manifestações mais characteristics da *personalização* da soberania, e consequentemente o direito internacional privado foi, no seu destino evolutivo, o processo juridico de disciplinar a penetração das soberanias no campo das relações entre particulares, para que a penetração das soberanias se

fizesse ordenadamente e em harmonia com a lei denominada por PILLET — *lei do maximo respeito mutuo das soberanias*, e isto para que seja respeitada, em cada caso, a soberania do estado que nesse caso tenha um interesse preponderante.

Na sua formação evolutiva, o direito internacional privado representou, em summa, segundo a escola internacionalista, o processo de coordenação do direito de *soberania territorial* sobre as pessoas e coisas que se encontram no territorio do estado, com o direito de *soberania pessoal* do estado relativamente aos seus nacionaes <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para esclarecimento do que dizemos no texto, faremos algumas considerações acerca dos *a) direitos internacionaes* dos estados, e notaremos alguns dos factos que manifestam o *b) principio da personalização e da penetração das soberanias* como signal da lei de interdependencia dos estados.

a) Os direitos attribuidos aos estados na ordem internacional são fundamentalmente tres: 1.º direito de conservação, 2.º direito de independencia, e 3.º direito de egualdade.

1.º *Direito de conservação*. Este direito consiste em geral na faculdade de manter, desinvolver e defender os elementos constitutivos da integridade nacional, e manifesta-se sob a forma da *posse e aperfeiçoamento* das condições da existencia nacional, sob a forma de *defesa* contra as aggressões actuaes, e sob a forma de *segurança* contra aggressões futuras. Sob o primeiro aspecto, abrange a faculdade de — manter, ampliar e aproveitar de modo legitimo o territorio nacional, — promover o desinvolvimento e favorecer a educação da população do estado, — communicar livremente com os outros estados, estabelecendo com elles as relações necessarias á sua conservação e desinvolvimento, — e, finalmente, exigir o respeito da sua personalidade sob o ponto de vista moral (respeito da honra e dignidade do estado), sob o ponto de vista politico (respeito das instituições sociaes e politicas), e sob o ponto de vista civil (respeito da sua individualidade juridica de direito privado). Sob o segundo aspecto, representa a legitimidade da reacção contra os ataques lesivos das condições de existencia do estado. Sob o terceiro aspecto finalmente, confere ao estado a faculdade de se collocar em condições de repellir as aggressões

8. Qual das duas escolas traduzirá a verdade scientifica?  
É incontestavel que todos os problemas do direito interna-

sões que contra elle possam ser dirigidas e, porisso, a faculdade — de formar e instruir exercitos, de crear arsenaes e escolas militares, de levantar fortificações, de armar esquadras, de, em summa, organizar e aperfeiçoar livremente forças de terra e mar, não podendo o desinvolvimento do poder militar de qualquer estado ter outros limites alem dos que se conti-verem nos tratados por elle assignados, como o tratado entre o Chili e a Argentina de 28 de maio de 1902, em que os dois estados se obrigaram a reduzir os seus armamentos maritimos, — de contrair allianças para ampliar o seu poder dentro da sociedade internacional e melhor defender os seus direitos, — de, finalmente, tomar as medidas convenientes para evitar actos que possam prejudicar a tranquillidade publica, como prohibindo a entrada de estrangeiros nos arsenaes, fechando os portos militares, limitando o numero e a demora dos navios de guerra estrangeiros em quaesquer portos nacionaes, e usando os meios necessarios para acautelar os proprios direitos sem attingir ou ameaçar os direitos dos outros estados.

2.º) *Direito de independencia.* Traduz-se este direito na autonomia de cada estado no seu governo interno, ou seja na liberdade de constituição politica, na liberdade de legislação, na liberdade de administração e na liberdade de jurisdicção, e na direcção das relações exteriores, ou na faculdade de communicação internacional, de enviar e receber agentes diplomaticos e consulares, de celebrar tratados, de declarar a guerra e fazer a paz, de, em summa, ser arbitro das suas relações com os demais estados. A independencia do estado não apresenta, porém, o caracter dum direito absoluto de governo interno ou de direcção das relações exteriores completamente estranhos aos interesses dos estados que os progressos da civilização constituíram em comunidade internacional. A independencia só pode ir certamente até onde o permita a coexistencia e a cooperação dos estados em comunidade internacional. É o sentido das tendencias que notamos na historia das relações dos estados civilizados e o significado d'alguns factos que vamos resumir e que mostram como o principio da comunidade internacional limita a independencia do estado em todas as suas manifestações.

A primeira revelação da autonomia do estado é a liberdade de escolha

cional privado se referem a interesses de ordem internacional e tãem como conteúdo questões de coordenação das soberanias.

e de transformação da constituição politica. Com ella começa a influencia limitadora da comunidade internacional. Nunca o estado escolhe uma forma politica que não dê garantias de cumprimento dos deveres internacionais, aliás não seria *reconhecido* pelos outros estados e não poderia estabelecer as relações internacionaes necessarias ao seu estadio de civilização. Na legislação revela-se aquella influencia evidentemente:  $\alpha$ ) no facto de as modernas legislações civis e commerciaes introduzirem nas suas disposições principios de direito internacional privado com o fim de regular a condição juridica dos estrangeiros e de garantir os interesses ligados ás relações entre individuos de diferentes nações;  $\beta$ ) no facto de os codigos mais recentes serem sempre organizados em face do estudo comparado das legislações dos povos civilizados, de modo que estas legislações tãem muitos pontos de contacto que são um producto e um novo factor da solidariedade internacional;  $\gamma$ ) e na dupla tendencia — para formar uma legislação internacional geral applicavel ás mais frequentes relações dos estados e a respeito das quaes se pode estabelecer a uniformidade de preceitos juridicos, como se verifica nas uniões internacionaes, — e para definir principios communs de direito internacional privado, obra empreendida pelas conferencias da Haya de 1893, 1894, 1900 e 1904, de que já resultaram as oito convenções referidas de 1896, 1902 e 1905 sobre processo civil, casamento, divorcio e separação de pessoas, tutela e interdições, e successões e testamentos, o que tudo resulta da acção da vida internacional sobre o modo de ser da legislação nacional. A influencia continúa na administração do estado. Para regular determinados grupos das suas relações, crearam os estados civilizados as uniões internacionaes e com ellas órgãos administrativos internacionaes, sob a forma de commissões ou de officios internacionaes, cuja acção é sempre distincta dos poderes locaes e sempre tendente a realizar interesses communs dos estados. O mesmo quanto á jurisdicção. Por um lado, os estados civilizados, por consideração e respeito á soberania e interesses dos outros estados, reconheceram determinadas isenções das leis e justiças locaes, como acontece com os chefes de estado estrangeiros, agentes diplomaticos, consules, e navios militares, e, por outro lado, os tribunaes dos diferentes países ou applicam leis estrangeiras, o que se

O que acima dissemos ao expor a doutrina da escola internacionalista é sufficiente para o evidenciar.

Não é, porém, bastante para a existencia scientifica do di-

---

dá sempre que estas são chamadas para regular certas relações jurídicas, ou reconhecem a existencia e efficacia de direitos adquiridos em país estrangeiro á sombra de leis que não são as do seu estado, ou dão execução aos julgamentos proferidos por tribunaes estrangeiros, ou cumprem rogatorias destes tribunaes para os auxiliar na administração da justiça, ou deixam de julgar criminosos que devam ser extraditados para outro estado. Em qualquer destes casos a jurisdicção dum estado é limitada ou influenciada pela acção da communidade internacional.

Passando do governo interno á direcção das relações exteriores, patenteia-se o mesmo phenomeno. Assim: quanto ao direito de legação, está estabelecido pela pratica internacional que todo o estado tem obrigação de receber agentes diplomaticos dos outros estados, embora possa deixar de receber, por motivos pessoais, determinado agente diplomatico; quanto á representação consular, tambem se admite o principio de que o estado tem obrigação de receber consules dos outros estados, se bem que tenha o direito de não consentir que elles se estabeleçam em determinados logares, de limitar o seu numero, e de se recusar a acceitar como consules determinadas pessoas; quanto a tratados, conhecemos já a doutrina de limitação estabelecida pela conferencia de Londres de 1871; quanto ao direito de guerra, enfim, renunciaram as potencias, á excepção dos Estados-Unidos e do Mexico, ao exercicio do curso pela declaração de Paris de 1856, e, nas conferencias da paz de 1899 e 1907, ao mesmo tempo que procuraram assentar nos meios de resolver pacificamente os conflictos internacionaes — crearam o tribunal permanente de arbitragem, — estabeleceram que as potencias estranhas ao conflicto *podem* offerecer os seus bons officios ou a sua medeação sem que isso represente um acto pouco amigo, e *devem*, no interesse superior da paz e antes que o conflicto tome um caracter violento, lembrar aos estados contendores que o tribunal está aberto para a resolução da questão, — e esforçaram-se por tornar a guerra mais *leal* e mais *humana*, declarando que os belligerantes não têm um direito illimitado na escolha dos meios de prejudicar o inimigo e fixando restricções ao arbitrio dos belligerantes. (Vide convenções da Haya de 29 de julho de 1899 e de 18 de ou-

reito internacional privado, como um verdadeiro ramo do direito internacional, que os problemas que se propõe resolver digam respeito a assumptos de interesse internacional e sejam atti-

tubro de 1907 relativas á resolução pacifica dos conflictos internacionaes e ás leis e costumes da guerra).

É, pois, irrecusavel o testemunho dos factos no sentido de que o direito de independencia é limitado ou influenciado pelo principio da comunidade internacional. A interpretação de taes factos justifica assim a formula que áquelle direito foi dada pelo Congresso da Paz, na sessão de Paris de 1900, — *autonomia na solidariedade* (*R. D. I. P.*, 1902, pag. 116), e explica o conceito da *interdependencia* formulado por PILLET e LAPRADELLE (*R. cit.*, 1898, pag. 89, e 1901, pag. 340) para determinar a medida da liberdade do estado nas suas relações com os outros estados. Hoje a independencia não pode intênder-se como facultade de isolamento, mas simplesmente como a autonomia na solidariedade em que a interdependencia creada pela civilização collocou os estados cultos.

3.<sup>o</sup>) *Direito de egualdade*. Grandes ou pequenos, fortes ou fracos, todos os estados são considerados eguaes perante o direito internacional, sendo-lhes attribuidas as mesmas facultades e as mesmas obrigações juridicas como membros da comunidade internacional, onde não existe outro superior alem da vontade commun dos estados. O direito de egualdade constitue a medida de toda a acção juridica internacional do estado, sendo a ideia de reciprocidade de direitos e obrigações o principio de justiça que informa o regimen das relações internacionaes.

(Vide DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 377 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 252 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 120 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 163 e segg.; PILLET, *Recherches sur les droits fondamentaux des états dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflicts qu'ils font naître*, na *R. D. I. P.*, 1898, pagg. 66 e segg.; CAVAGLIERI, *I diritti fondamentali degli stato*, Padova, 1906; etc.)

b) A constituição duma sociedade internacional de coordenação assentou, como dissemos, no principio do reconhecimento da independencia mutua dos estados, e porisso representou tambem o reconhecimento e respeito mutuo da soberania dos mesmos estados. Mas a sociedade internacional revela-se na cooperação dos estados para a realização de fins communs e porisso suppõe a *penetração reciproca das soberanias*, segundo

nentes á coordenação das soberanias em alguma das suas manifestações. É indispensavel que sobre semelhantes assumptos se manifeste a vontade commum dos estados e que por isso, pelo costume ou por tratados, se constituam regras obrigatorias para os estados relativamente á condição dos estrangeiros, aos conflictos das leis, e ao reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.

Em todo o caso, é de notar que a verificação de que os tres problemas do direito internacional privado versam assumptos de interesse internacional já deve ser prenuncio de que os estados se encaminharão no sentido de estabelecer de modo tacito ou expresso o regimen juridico internacional da condição dos estrangeiros, dos conflictos das leis e do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, e que, dada a tendencia da sociedade internacional para a regulamentação juridica das relações entre os estados, já seria legitima a previsão da constituição evolutiva do direito internacional privado como um verdadeiro direito internacional.

---

o pensamento expressivo e verdadeiro de PILLET, que significa o reconhecimento mutuo das manifestações da soberania dum estado dentro da esphera d'acção doutro estado. Assim, o reconhecimento da protecção diplomatica ou consular dum determinado estado para os nacionaes deste estado residentes no estrangeiro, o reconhecimento das leis estrangeiras para regular as relações juridicas que interessam os subditos dos outros estados, o reconhecimento dos actos juridicos praticados e dos julgamentos proferidos em país estrangeiro, a extradicação de criminosos para serem julgados pela justiça do seu país, são signaes evidentes da penetração das soberanias como producto da vida internacional como causa e da *personalização* da soberania como um facto, pois só uma soberania que se personaliza pode manifestar-se fóra do territorio do estado. Mas, interreconhecendo-se, personalizando-se e compenetrando-se, devem as soberanias manter-se sempre numa linha de egualdade e de mutuo respeito para se produzir a final a justa coordenação internacional (PILLET, *Principes*, pag. 73; ANZILOTTI, *Studi critici*, pag. 129).

Mas, o direito internacional privado, como um direito internacional propriamente dicto, já não é uma simples previsão. Embora não possa dizer-se ainda um *systema* juridico completo da regulamentação das relações internacionaes de ordem privada, já se revela como uma realidade positiva em alguns principios juridicos, constituídos pelo costume ou por tratados, que representam as linhas geraes da sua organização.

Começando pelas suas manifestações consuetudinarias, verifica-se a existencia dum primeiro principio derivado da convivencia dos estados em communitate internacional e de os mesmos estados se reconhecerem reciprocamente como pessoas dotadas de igual capacidade e duma esphera propria de actividade juridica. Esse principio é o do reconhecimento dos estrangeiros como pessoas ou sujeitos de direitos, isto é, *do reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros*. Todos os estados civilizados assim consideram os estrangeiros, pois todos consideram a personalidade juridica do individuo na sociedade internacional como uma das exigencias da civilização contemporanea garantidas pelo direito internacional. O principio manifesta-se no exame comparativo das legislações dos estados civilizados, que sempre reconhecem, com mais ou menos largueza, a capacidade juridica dos estrangeiros, manifesta-se nos actos internacionaes com que os estados de civilização europeia têm procurado proteger a personalidade humana, designadamente nos actos por que têm combatido o trafico dos negros, e affirma se na serie de reclamações diplomaticas, de medidas de retorsão e até de conflictos armados, com que os estados defendem os seus nacionaes, quando lhes é negada justiça, defesa fundada no direito internacional e não em razões de conveniencia ou de simples cortesia <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> E o reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros não pode explicar-se nem pelo conceito da escola do direito natural de que

Esta primeira norma, que dá aspecto juridico internacional ao primeiro problema do direito internacional privado, é de caracter geral e indeterminado, não estando ainda bem definida a medida de direitos dos estrangeiros, mas o principio fundamental está estabelecido, e o estado não poderá deixar de conceder aos o estrangeiros os direitos sufficientes para que elles sejam considerados como pessoas e não como coisas fóra do estado de que são nacionaes.

Depois do principio que sanciona a personalidade juridica dos estrangeiros, verifica-se, entre as formações do costume internacional, o principio, que completa o anterior, segundo o qual *os estados devem reconhecer no seu território o valor e a efficacia das leis estrangeiras*. Este principio derivou igualmente do mutuo reconhecimento dos estados como entidades dotadas de actividade juridica e duma esphera propria de actividade legislativa, pois negar efficacia ás leis estrangeiras equivaleria a desconhecer a actividade legislativa dos estados, e foi determinado pela incompatibilidade da territorialidade das leis com o desinvolvimento moderno das relações internacionais<sup>1</sup>.

---

a personalidade juridica deriva immediatamente da natureza humana, sendo essa personalidade considerada, na concepção positiva do direito, como uma criação da ordem juridica estabelecida pelo estado, nem como uma criação *ex novo* do direito do estado onde se encontrem os estrangeiros, aliás não tinham razão de ser as reclamações feitas pelos estados para defeuder os direitos dos seus nacionaes. Para taes reclamações apresentarem o caracter juridico que as acompanha, é indispensavel admittir que a personalidade juridica dos estrangeiros deriva da ordem juridica do estado a que elles pertencem e que é como tal protegida pelo direito internacional. (ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pag. 134, nota 1; CAVAGLIERI, *L'elemento consuetudinario nel diritto privato*, pagg. 40 e segg.)

<sup>1</sup> ANZILOTTI, *ob. cit.*, pag. 135 e nota 1; CAVAGLIERI, *ob. cit.*, pagg. 54 e segg.

O novo principio, embora com um aspecto muito generico, já impõe aos estados o dever internacional de respeitar o direito estrangeiro no sentido, como diz CAVAGLIERI, de não ignorar a sua existencia e de regular as relações de facto, que ficam de fóra da esphera de applicação do direito interno, por meio de normas de conflictos, não arbitrarias, mas derivadas da apreciação objectiva da natureza das mesmas relações e dos elementos de connexão existentes entre ellas e uma determininaca legislação estrangeira <sup>1</sup>. Isto é, aquelle principio, se não impõe um *certo* systema de resolução dos conflictos das leis privadas, impõe ao menos *um* systema de resolução dos mesmos conflictos em que, em principio, se respeite o direito estrangeiro, e este se applique segundo os criterios de competencia que ao juizo de cada estado pareçam mais justos.

E a existencia do principio verifica-se na dupla circumstancia 1.<sup>o</sup>) de todos os estados civilizados se afastarem do systema da territorialidade das leis e de sancionarem nos seus systemas legislativos ou nos costumes juridicos nacionaes um certo numero de normas de conflictos, muitas vezes semelhantes e sempre conduzindo mais ou menos á applicação das leis estrangeiras, 2.<sup>o</sup>) e de os mesmos estados ou procurarem moldar as suas normas de conflictos pelas existentes nos outros estados, ou de procurarem formular, por meio de tratados, regras communs de conflictos.

Este segundo principio domina o segundo problema do direito internacional privado e revela como as relações que elle abrange se integram, dum modo geral, no systema geral do direito internacional.

É de notar, comtudo, que o regimen juridico internacional dos conflictos se não limita a este principio geral. Outros prin-

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag. 56.

cipios mais definidos se affirmam já no costume internacional.

Uma primeira concretização do principio apparece na regra, formulada por KAHN e CAVAGLIERI, de que não é licito a nenhum estado attribuir-se o direito de regular pelas suas leis as relações juridicas que, por nenhum elemento pessoal ou local, se encontram ligadas á legislação territorial, como, por exemplo, as relações de familia ou as successões entre estrangeiros que só transitoriamente se encontram no territorio.<sup>1</sup>

Mais definidos ainda são — o principio da competencia da *lex rei sitae* para regular a organização da propriedade immobiliaria, o principio da competencia da *lex fori* para regular as relações processaes, o principio da competencia dos tribunaes dum país para julgar as questões relacionadas com a *lex fori* por algum laço pessoal ou pela natureza da relação juridica, ou para dar execução aos actos passados e ás sentenças proferidas em país estrangeiro, e o principio da limitação da applicação das leis estrangeiras offensivas da ordem publica territorial<sup>2</sup>.

E se nos desviarmos da sociedade internacional considerada na sua complexidade, e nos circunscrevermos a grupos de estados de civilização e legislação mais affins, encontramos novos principios, como o da competencia da lei pessoal para regular o estado e capacidade das pessoas e as relações de familia, reconhecido por quasi todos os estados do continente europeu.

Passando do costume aos tratados, deparam-se-nos dois

---

<sup>1</sup> CAVAGLIERI, *ob. cit.*, pag. 73.

<sup>2</sup> ANZILOTTI, *ob. cit.*, pagg. 135 e segg.; CAVAGLIERI, *ob. cit.*, pagg. 84 e segg.

factos verdadeiramente caracteristicos, constituidos, o primeiro pelos tratados de Montevideo concluidos em janeiro e fevereiro de 1889 entre a Argentina, Bolivia, Brasil, Chili, Paraguay, Perú e Uruguay, e já ratificados pela Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú e Uruguay, e o segundo pelas convenções da Haya de 14 de novembro de 1896 e 12 de junho de 1902, assignadas e ratificadas pela maioria dos estados da Europa continental, tratados e convenções em que foram estabelecidos bastantes principios communs sobre a resolução dos conflictos das leis.

Parece, portanto, evidente a affirmação progressiva do regimen juridico internacional da resolução dos conflictos das leis, tanto no costume como nas convenções internacionaes.

Não é diferente a tendencia da evolução no que respeita ao reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.

Constituidas as relações juridicas em harmonia com as leis dum estado consideradas competentes para as regular, essas relações juridicas representam direitos adquiridos que se impõem ao respeito dos estados, para segurança e garantia dos individuos, e porisso se formou no costume internacional o principio do *reconhecimento internacional dos direitos adquiridos*. Este principio, essencial para a vida juridica internacional, derivou ainda do reconhecimento mutuo dos estados como entidades dotadas de actividade juridica e legislativa propria, pois que o reconhecimento da actividade legislativa do estado, para ser effectivo e pratico, suppõe o reconhecimento da efficacia dos direitos adquiridos á sombra das leis desse estado.

O principio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos é tão importante e de tal modo domina a consciencia juridica do mundo civilizado, que VAREILLES-SOMMIÈRES quis ver nelle o unico fundamento do direito internacional privado. Embora assim não possa considerar-se, representa

contudo uma das grandes bases da regulamentação jurídica das relações internacionaes de character privado <sup>1</sup>.

Podemos, pois, concluir que o direito internacional privado já apparece esboçado nos factos como um verdadeiro direito internacional.

9. Observa-se, porém, que os principios do direito internacional privado já formados pelo costume ou pelos tratados internacionaes, ou são muito vagos e indeterminados, ou são, os já concreto e definidos, em numero muito limitado, ou são restrictos a um numero de estados relativamente pequeno, e, porisso, o direito internacional privado apparece principalmente formulado no direito interno de cada país e portanto é, fundamentalmente, um capitulo do direito nacional.

A observação tem valor, e porisso é necessario considerá-la attentamente.

É verdade que os principios do direito internacional privado derivados do costume ou dos tratados, ou são vagos, ou em numero muito limitado, ou restrictos a poucos estados, e que dahi deriva a necessidade de cada estado regular nas *leis internas* a condição dos estrangeiros, os conflictos das leis ou o reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Parece-nos, contudo, que isso não é sufficiente para considerar o direito internacional privado como um ramo do direito interno.

Notaremos, em primeiro logar, que, dos principios de direito internacional privado já reconhecidos pela vontade commum dos estados, poderão inferir-se, por *analogia*, regras applicaveis a relações sociaes que não tenham sido previstas,

---

<sup>1</sup> VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthese du droit international privé*, Paris, 1897. Conf. ANZILOTTI, *ob. cit.*, pag. 135, nota 1, e CAVAGLIERI, *ob. cit.*, pag. 68.

embora o recurso á analogia deva usar-se com a maxima reserva, para não attribuir á vontade dos estados um sentido que ella não tem. E, pela analogia, poderá alargar-se um pouco o ambito do regimen juridico das relações internacionaes de character privado.

Demais, o facto de o direito internacional privado apparacer formulado nas leis internas, pode apenas significar um meio ou de o estado lhe dar maior determinação e fixidez ou de manifestar a sua vontade para a constituição do costume internacional.

Mas, mesmo quando o estado não tenha por fim tornar certo o direito internacional privado ou concorrer para a sua formação consuetudinaria, as *leis internas de direito internacional privado*, embora formalmente semelhantes ás demais leis internas, dellas se afastam pelo seu conteúdo, pelo seu destino, e pela natureza da função que, com ellas, o estado desempenha.

O conteúdo daquellas leis não é o interesse do estado na sua independencia, mas o seu interesse na sua solidariedade com os outros estados, e porisso um interesse que se identifica com a vida internacional.

O destino das mesmas leis é o cumprimento, por parte do estado, dum dever que lhe é imposto pela comunidade internacional.

O estado tem por dever reconhecer a personalidade juridica do estrangeiro, organizar um systema de competencia legislativa ou de resolução dos conflictos das leis que o desvie do regimen isolador da territorialidade e se approxime da natureza das relações juridicas, e bem assim reconhecer os direitos adquiridos em face das leis estrangeiras. Todavia, semelhante dever do estado não o vincula dum modo determinado, mas deixa-lhe a liberdade de o cumprir segundo o seu prudente criterio, isto é, o estado, a par com aquelle triplice dever, tem o direito de estabelecer as normas *reguladoras* do seu

cumprimento. Taes normas apparecem assim como a *execução* e desinvolvimento dum preceito de direito internacional. São normas *protestativas*, como lhes chama OTTOLENGHI, com as quaes o estado exerce o *poder*, que lhe é reconhecido pelos outros estados, de regular as relações internacionaes de character privado sobre as quaes se não manifestou ainda especialmente a vontade collectiva dos estados <sup>1</sup>. Isto é, o estado, formulando nas suas leis preceitos de direito internacional privado, exerce, na linguagem do mesmo escriptor, um direito subjectivo internacional derivado duma norma objectiva de direito internacional, que lhe concede o poder de, dentro de linhas geraes firmadas pela vontade commum dos estados, regular juridicamente as relações privadas internacionaes. De modo que, as leis internas de direito internacional privado, se revelam a autonomia do estado, já se fundam na ordem juridica internacional, e porisso se integram no systema juridico das relações internacionaes.

Pelo conteúdo e destino das leis internas de direito internacional privado determina-se facilmente a *função* que por meio dellas o estado desempenha na sociedade internacional. Formulando-as, apparece o estado como *orgão* e representante da sociedade dos estados, exercendo uma função que aquella sociedade deveria desempenhar, se já tivesse attingido uma organização juridica mais ou menos aperfeiçoada. Como a sociedade internacional, na sua evolução progressiva, não chegou ainda a constituir-se por maneira que um orgão central e caracteristicamente internacional possa formular as regras disciplinadoras das relações privadas internacionaes, attendendo a todas as semelhanças e a todas as differenças das leis privadas dos differentes estados para a sua justa coordenação, é

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pagg. 25 e 27.

o estado que *transitoriamente* representa a mesma sociedade internacional, supprindo a falta da sua organização juridica e formulando nas suas leis os preceitos reguladores daquellas relações, naquillo em que ellas ainda não foram disciplinadas pelo costume ou pelas convênções internacionaes. Porisso, se é verdade que o direito internacional privado anda incorporado, quanto á maior parte das suas disposições, nos systemas juridicos nacionaes, tambem o é que, ao formulá-lo individualmente, deve cada estado considerar-se transitoriamente órgão da communitade internacional para esse effeito e julgar-se um *definidor local* duma *lei internacional* e não mero *creador independente* duma *lei interna* baseada apenas nas conveniencias nacionaes. Sendo assim, ao formular preceitos de direito internacional privado, o estado apenas presta o ministerio da sua *declaração* e o apoio da sua *soberania* a regras que um organismo internacional deveria *declarar* e *garantir*.

Concluiremos, pois, que só *formalmente* as leis nacionaes de direito internacional privado se approximam do direito interno. Pelo seu conteúdo, pelo seu destino e pela sua função, são regras internacionaes, existindo, segundo a linguagem de ANZILOTTI, *identidade formal*, mas *diversidade substancial* entre as leis internas verdadeiras e proprias e as leis internas sobre direito internacional privado <sup>1</sup>.

O direito internacional privado é, assim, um direito internacional propriamente dicto, tanto nos seus principios já formados directamente pela vontade da communa dos estados, como nas legitimas illações que a analogia possa derivar daquelles principios, como ainda nas leis internas que cada estado formula dentro dos mesmos principios para cumprimento dos deveres que lhe impõe a convivencia internacional

---

<sup>1</sup> ANZILOTTI, *Studi critici*, pag. 140.

e no exercicio do poder provindo da ordem juridica internacional para medir a competencia das suas leis em funcção com as leis dos outros estados.

10. Da concepção internacionalista do direito internacional privado derivam consequencias praticas importantissimas respeitantes aos governos e aos juizes de cada um dos estados da communidade internacional na sua missão de *formular* ou de *applicar* os preceitos daquelle direito.

Sendo o direito internacional privado um systema de principios juridicos que disciplinam as relações dos estados como membros da communidade internacional, as suas prescripções impõem-se imperativamente á vontade dos estados, não em nome duma obrigação dos estados para consigo mesmos mas como o resultado duma obrigação para com as outras nações. Poderíamos dizer que o direito internacional é uma lei obrigatoria para os estados e não simplesmente uma lei obrigatoria para os membros dos mesmos estados. É, em summa, uma lei da sociedade internacional.

E, porque assim é, o systema de principios de direito internacional privado organizado e sancionado por um estado vincula a vontade desse estado para com os outros estados, de modo que, caso o mesmo estado não cumpra e respeite aquelles principios, podem os outros estados exigir-lhe a responsabilidade juridica por violação do direito internacional e segundo os meios considerados legitimos pelo mesmo direito internacional.

E o mesmo systema de principios, desde que não vá de encontro aos preceitos já formados no costume internacional ou acceitos em tratados, representa para cada estado o *verdadeiro direito internacional privado* e, porisso, igual ou diferente dos systemas seguidos nos outros estados, é o systema que define a sua posição na sociedade internacional relativa-

mente aos interesses privados e serve de ponto de partida para, nesse campo, determinar as suas responsabilidades.

Ainda é o mesmo systema de principios que devem seguir os tribunaes do respectivo estado ao julgar as questões emergentes das relações privadas internacionaes.

Os preceitos do direito internacional privado formulados por um determinado estado têm um caracter rigorosamente *imperativo* e devem ser applicados obrigatoriamente pelos tribunaes desse estado com exclusão de quaesquer preceitos da mesma natureza formulados por outros estados, pela razão de que, devendo os principios de direito internacional privado formulados por um estado considerar-se como os principios que seriam sancionados por um legislador realmente internacional, e portanto como os verdadeiros principios do direito internacional privado em harmonia com o modo de ser da commuidade dos estados, como a *expressão nacional* da *unidade superior* daquelle direito, seria absurdo que o juiz pudesse applicar preceitos de direito internacional formulados pelos outros estados, como seria absurda a applicação de principios differentes dos definidos por um legislador internacional.

Mas o caracter imperativo dos preceitos do direito internacional privado ainda deriva doutra consideração. Semelhantes preceitos representam um meio de coordenação das soberanias na sua expressão legislativa, por elles determina cada estado os limites da sua soberania no campo da legislação e portanto são principios de direito publico de impreterivel applicação pelos tribunaes.

Da natureza e caracter dos preceitos do direito internacional privado formulados pelos legisladores nacionaes ainda deriva outra consequencia importantissima. É que deve ser *obrigatoria* para os juizes a applicação das leis estrangeiras quando, por lei expressa, por virtude de tratados ou por um costume

bem estabelecido, o direito nacional tenha mandado regular por essas leis alguma relação jurídica. Não devem esperar que as partes reclamem tal aplicação, nem deixar dependente de demonstração por alguma das partes a existencia das leis estrangeiras, quando essa existencia seja contestada, mas proceder officiosamente ás necessarias averiguações. Não ha mais razão para applicar obrigatoriamente o direito do estado do que o direito que se impõe ao estado. Deste ponto trataremos, porém, ao falarmos do direito internacional judiciario.

#### § IV

#### Uniformização do direito internacional privado <sup>1</sup>

SUMMARY : — 11. O methodo internacional e o methodo legislativo na constituição do direito internacional privado. Seus caracteres. — 12. Unificação do direito internacional privado. Tendencias doutrinaes. — 13. Trabalho diplomatico para a uniformização do mesmo direito. Tentativas dos governos italiano e hollandês, na Europa, e peruviano, na America. — 14. Primeiros resultados do movimento de codificação do direito internacional privado. O congresso de Montevideu de 1888-1889 e os tratados ahi assignados. — 15. As conferencias da Haya de direito internacional privado de 1893, 1894, 1900 e 1904. A sua obra: Convenção de 1896 sobre processo civil, convenções de 1902 sobre casamento, divorcio e tutela de menores, e convenções de 1905 sobre processo civil, successões, efeitos do casamento, e interdicção. O seu valor para a uniformização e codificação daquelle direito. — 16. A uniformização do direito internacional privado e a theoria das qualificações.

#### 11. Dado o destino pratico do direito internacional privado,

<sup>1</sup> JITTA, *ob. cit.*; PRILET, *Principes*, pagg. 90 e segg., e *Droit int. privé*, pagg. 39 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 36 e segg.; ASSER, *La convention de la Haye du 14 novembre 1896 relative à la procedure civile*;

que é, como já dissemos, estabelecer uma certa communidade de direito entre os povos civilizados quanto á condição dos estrangeiros, quanto á justa combinação das differentes leis nacionaes reguladoras das relações privadas, e quanto ao reconhecimento dos effeitos dos actos juridicos praticados no estrangeiro, deveria esse direito revestir a forma dum systema de preceitos communs a todos os estados, para se conseguir a maior unidade de situação juridica dos individuos dentro da communidade internacional. O modo de formação mais perfeito do mesmo direito seria, pois, a consignação dos seus preceitos numa *lei internacional* obrigatoria para todos os estados e por todos unanimemente cumprida, lei internacional que resultasse ou da deliberação soberana do poder central dirigente da communidade internacional, se esta communidade chegasse a ter uma organização *politica* que tal, ou do accordo geral dos estados, se de ordem convencional fosse, como tem sido e ainda é, a base das relações internacionaes.

Semelhante modo de formação do direito internacional privado resultaria da applicação do *methodo internacional* na constituição daquelle direito, methodo caracterizado pelo seu ponto de partida — a consideração do conjuncto dos estados e o seu *dever commum* de assegurar a situação juridica dos individuos na sociedade internacional, pela sua tendencia fundamental — harmonizar as leis divergentes das diversas nações por meio de regras juridicas applicaveis em todos os estados,

---

LAINÉ, *ob. cit.*, pagg. III e segg., *R. D. I. Pr. et D. Pén. Int.*, 1905, pagg. 1 segg.; CONTUZZI, *Conventions de la Haye concernant la codification du droit international privé*, 1904; MEILI, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg.; BUZZATI, *Trattato di diritto internazinale privato secondo le convenzioni dell'Aja*, Milão, 1907, vol. I, pagg. 1 e segg.; ANZILOTTI, *La codificazione del diritto internazionale privato*, Florença, 1894; ALESSANDRO CORSI, *Unificazione ou codificazione del diritto internazionale privato*; etc.

e pelo seu principio informador assim foemulado por JITA — «Os estados, considerados no seu conjuncto, tõem o dever commum de assegurar a applicação do direito na humanidade, fórmulando regras juridicas positivas e universaes, baseadas sobre uma convicção commum dos estados relativamente ao fim social das relações juridicas».

A verdade é, porém, que nem na sociedade internacional existe um poder central que formule uma lei geral de coórdenação das leis privadas dos differentes estados, nem se estabeleceu ainda o accordo geral dos estados para a organização dum systema completo de principios convencionaes ou consuetudinarios destinados áquella coordenação. O resultado é que, em vez dum corpo de regras communs aos differentes estados reguladoras das questões constitutivas do direito internacional privado, em vez dum direito internacional privado *geral*, apparecem, na expressão de PILLET, a par com alguns principios communs constituido pelo costume ou pelos tratados, *systemas nacionaes* de solução de questões internacionaes ou *definições locais* de regras internacionaes, formulando cada estado, nas suas leis de direito privado, as regras que lhe parecem justas para disciplinar as relações internacionaes de ordem privada, constituindo-se como que um direito internacional privado *português, hespanhol, francês*, e assim por diante. Na impossibilidade de applicação geral do methodo internacional, segue-se, assim, o chamado *methodo legislativo* ou *individual*, cujo character se determina, ainda segundo JITA, pelo seu ponto de partida — a consideração dum estado determinado, pelo seu fim — a realização do dever deste estado para com os individuos que compõem a sociedade juridica internacional, sendo cada estado, para esse effeito, órgão e representante da sociedade internacional, e pelo seu principio informador — «O legislador de cada estado deve applicar a toda a relação juridica, considerada sob todas as faces que ella possa apresentar no

estado actual da humanidade, o direito que convem á sua natureza, isto é, ao fim que ella desempenha na sociedade universal dos individuos».

Comtudo, a observação e interpretação dos factos por que se revela a existencia historica do direito internacional privado parecem auctorizar a previsão de que, num futuro mais ou menos afastado, triumphará o methodo internacional pelo augmento progressivo do numero de principios directamente constituidos pela vontade commum dos estados e de que aquelle direito conseguirá a unidade de principios de que depende a sua perfeição evolutiva.

12. Logo na sua primeira apparição doutrinal com a escola dos postglosadores — que, diante das exigencias do commercio entre as cidades italianas cujo desinvolvimento era difficultado pela territorialidade dos costumes locaes, tentaram illudir algumas das disposições mais rigorosas desses costumes pela applicação de certas disposições do direito romano considerado como regra, como direito geral, de que as leis locaes representavam meras excepções, e assim resolver em certo modo, por meio deste direito, conflictos levantados entre os costumes locaes — o direito internacional privado revelava o aspecto dum direito commum, já que como uma especie de direito commum universal era então considerado o direito romano.

Com o mesmo caracter de generalidade continua no conceito dos organizadores e representantes da *theoria dos estatutos*, os quaes, todos, com o fim de resolver os conflictos entre as leis particulares de diversas cidades ou provincias (primitivo significado da palavra estatutos) ou entre leis de diversos estados (mais tarde estatuto tornou-se synonymo de lei) classificaram os estatutos em *pessoaes* e *reaes*, segundo se referissem á pessoa ou aos bens, e admittiram a exterritorialidade do estatuto pessoal e a territorialidade do estado real,

de modo que os mesmos principios eram seguidos fundamentalmente em toda a parte e se reconhecia um direito communum para a resolução dos conflictos das leis de ordem privada.

Chega, porém, o periodo das codificações, no principio do seculo passado o direito internacional privado começa a *nacionalizar-se* com o successivo apparecimento dos codigos de direito privado, praticando cada legislador o methodo individual, promulgando de modo independente os principios reguladores da situação juridica dos estrangeiros, creando, em summa, o regimen geral actual de definições locais de regras internacionais.

A nacionalização do direito internacional privado não foi, contudo, o producto duma tendencia contraria ao character de generalidade do mesmo direito, mas o resultado da tendencia dos estados para lhe darem uma forma *legal e positiva*, incorporando-o, á falta dum legislador unico e dum accordo geral, nas leis nacionaes.

E tanto assim, que as codificações nacionaes contêm alguns principios uniformes sobre direito internacional privado, como a regra *locus regit actum* e o principio da *autonomia da vontade* em materia de leis facultativas ou interpretativas, que, desinvolvidos primeiro nos costumes, foram depois expressamente consagrados pelas legislações, e, apesar das codificações, começou a pronunciar-se no seculo passado e continua a manifestar-se no seculo presente a tendencia official e diplomatica para uniformizar os principios do direito internacional privado.

Esta tendencia foi preparada por um intenso trabalho doutrinal, que, principalmente na segunda metade do seculo XIX, procurou fundar sobre bases novas a nossa sciencia, e encontrou em algumas associações scientificas, principalmente no *Instituto de direito internacional*, não só um grande meio de organização pela approximação dos mais notaveis internacio-

nalistas dos diversos países e pela definição em *commun* dos principios reguladores das relações internacionaes de ordem privada, mas ainda um processo de facilitar a admissão pelos estados de principios *commun*s de direito internacional privado, já que o Instituto e em geral as demais associações dão a esses principios a forma de regras praticas e até de projectos de tratados, o que evidentemente pode encaminhar os estados a estabelecer preceitos semelhantes ou nas leis internas ou em convenções internacionaes.

13. Foi a Italia que iniciou o movimento diplomatico para definir num *accordo* entre os estados principios *commun*s de direito internacional privado. Com effeito, em 1867, recebeu o grande juriconsulto e homem de estado MANCINI, do ministro dos estrangeiros RATAZZI, a missão officiosa de empreender junto de alguns governos negociações confidenciaes com o fim de fixar, na medida que as circunstancias pudessem consentir, algumas normas *commun*s acerca da condição civil dos estrangeiros, da extensão e garantia dos seus direitos e da sua mais facil participação dos beneficios das respectivas legislações, designadamente acerca da lei reguladora do estado e da capacidade, da proprieade mobiliaria e immobiliaria, dos actos juridicos e das successões. MANCINI iniciou as negociações junto dos governos de Paris, Bruxellas e Berlim, as suas propostas foram acolhidas favoravelmente, obstando, porém, os acontecimentos politicos que nessa epoca preoccuparam os governos, sobretudo a annexação dos Estados Pontificios ao reino de Italia, a guerra franco-prussiana e a constituição do Imperio allemão, a que se chegasse a um resultado apreciavel sobre a unificação ou *codificação* do direito internacional privado <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.<sup>o</sup> série, tom. xvi, pagg. 89 e segg.

Restabelecida a tranquilidade europeia, logo em 1873 o Instituto de direito internacional, em seguida á sua constituição e por proposta de MANCINI, reconheceu a utilidade e, para certas materias, a necessidade de tornar obrigatorias para todos os estados civilizados, sob a fórma de tratados, um certo numero de regras uniformes, para assegurar a decisão tambem uniforme dos conflictos das leis, e confiou a uma commissão o cuidado de estudar a questão e de formular os principios que poderiam servir de base á codificação do direito internacional privado. Em 1874 foi apresentado ao Instituto, na sessão de Genebra, o primeiro relatorio desta commissão, assignado por MANCINI e ASSER, os dois grandes propulsores do movimento unificador, que pode ser considerado como a introdução aos trabalhos ultteriores daquela instituição, e terminava por algumas conclusões, votadas naquella sessão e pelas quaes o Instituto: 1.º) reconheceu a utilidade ou a necessidade de regras convencionaes uniformes de direito internacional privado para a resolução das questões relativas ás pessoas, aos bens, aos actos juridicos, ás successões, ao processo e aos julgamentos estrangeiros; 2.º) emittiu a opinião de que o melhor meio de conseguir semelhante resultado seria o Instituto preparar projectos textuaes de tratados, que servissem de base ás negociações officiaes em conferencias diplomaticas; 3.º) declarou que os tratados não deviam nem podiam, sem oppôr um obstaculo aos progressos da civilização, impôr aos estados a uniformidade dos seus codigos e das suas leis, mas apenas determinar anticipadamente qual das leis, que pudessem encontrar-se em conflicto, seria applicavel ás diferentes relações juridicas; 4.º) e affirmou — que, no estado actual da sciencia do direito internacional, seria levar até ao exaggero o principio da independencia e da soberania territorial das nações, attribuir-lhes um direito rigoroso de recusar aos estrangeiros o reconhecimento de direitos civis e de lhes negar a capacidade juridica

de os exercer por toda a parte, — que esta capacidade existe independentemente dos tratados e de toda a condição de reciprocidade, — e que a admissão dos estrangeiros ao gozo de taes direitos e a applicação das leis estrangeiras ás relações juridicas que por ellas devam ser reguladas não podem ser a consequencia dum simples principio de cortesia, mas não o resultado dum *dever de justiça* internacional, dever que só deixará de existir se os direitos dos estrangeiros e a applicação das leis estrangeiras forem incompativeis com as instituições politicas ou com a ordem publica local <sup>1</sup>.

Entre as sessões do Instituto de 1873 e de 1874 (em janeiro deste ultimo anno), tornou o governo hollandês *official* a iniciativa *officiosa* do governo italiano de 1867, dirigindo-se aos governos estrangeiros e propondo-lhes a nomeação de delegados encarregados de elaborar em conferencia os principios duma regulamentação uniforme da competencia judiciaria, da execução internacional dos julgamentos e, dum modo geral, da resolução dos conflictos. A proposta foi em geral bem acolhida, mas as negociações não passaram da phase preliminar e a conferencia não chegou a reunir-se <sup>2</sup>.

Em 1875 o movimento propaga-se á America e a 11 de setembro o governo do Perú convida os estados americanos a reunirem-se em congresso em Lima, para estudar o modo de unificar as suas legislações sobre direito internacional privado. O congresso abriu a 9 de setembro de 1878 com representantes da Argentina, Bolivia, Chili, Costa Rica, Equador, Perú e

---

<sup>1</sup> ASSER, *La convention de la Haye du 14 du novembre 1896 relative à la procedure civile*, pag. 6; *Annuaire de l'Institut de droit international, Tableau général*, 1893, pag. 30.

<sup>2</sup> RENAULT, *Les conventions de la Haye sur le droit international privé*, pag. 15.

Venezuela, intitulou-se *congresso dos juristas americanos*, a 9 de novembro de 1878 deu a fôrma de tratado a uma declaração de principios sobre a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, dos bens moveis ou immoveis, do casamento, das successões, sobre os limites da competencia dos tribunaes, sobre a execução de sentenças e ainda sobre outras materias de menos importancia. O tratado, a que adheriram a Guatemala e o Uruguay por protocollo de 5 de dezembro de 1878, não chegou, porém, a ser ratificado, substituindo-o uma série de convenções concluidas durante o congresso sul-americano de Montevideu de 1888-89, de que em breve falaremos <sup>1</sup>.

Na Europa continua o trabalho começado e em 1877 faz o governo italiano uma nova tentativa, agora official. Inspirado porventura por MANCINI, que era ministro da justiça, emprendeu CRISPI negociações para a celebração duma conferencia de direito internacional privado, mas ainda desta vez as negociações foram interrompidas sem se haver obtido resultados favoraveis <sup>2</sup>.

Em 1881 é MANCINI nomeado ministro dos estrangeiros e, em circular de 16 de setembro desse anno, enviada aos representantes do governo italiano junto dos governos estrangeiros, annuncia a estes a resolução de reatar as negociações para a celebração duma conferencia de direito internacional privado e encarrega-os de perscrutar as disposições dos governos a esse respeito. As negociações são com effeito entabuladas, e, embora se lhes deparassem hesitações e difficuldades, encontraram acolhimento favoravel na maior parte dos governos. Iam, porém, ainda nos preliminares, quando, a 13 de março de 1884, TWISS, presidente da conferencia da *Associação para a reforma*

---

<sup>1</sup> MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.º série, tom. xvi, pagg. 149 e 266 e segg.

<sup>2</sup> MARTENS, *N. R. G. T.*, ser. e tom. cit, pag. 241.

e codificação do direito internacional, realizada em Milão em setembro de 1883, pediu ao governo italiano, em nome da Associação, que promovesse a reunião duma conferencia diplomatica tendente a estabelecer regras uniformes sobre a execução de julgamentos estrangeiros, assumpto de que a Associação se occupara na conferencia de Milão e sobre que votara determinadas conclusões. O governo italiano attendeu o pedido de TWISS, e MANCINI deu ás negociações nova orientação, propondo a reunião em Roma duma conferencia especial para estudar o problema da execução das sentenças estrangeiras. Não pondo de parte o seu plano duma conferencia geral e a sua ideia constante da codificação do direito internacional privado, formulou contudo o projecto restricto á execução de sentenças, aguardando a opportunidade da celebração da conferencia especial, pela presença simultanea em Roma de pessoas versadas nas sciencias juridicas e de delegados dos governos, para a troca de ideias preliminares e de explicações mais precisas ácerca do thema geral das negociações anteriores. A nova proposta foi bem recebida por quasi todos os governos. Vinte e dois estados <sup>1</sup> manifestaram expressamente a sua acceitação e a conferencia poderia ser formalmente convocada, tanto mais que alguns governos já tinham nomeado os seus delegados. Obstou, porém, á convocação a reunião tambem em Roma duma conferencia sanitaria considerada de character mais urgente, que effectivamente se realizou naquella cidade em maio de 1885, e embora MANCINI declarasse, em circular de 28 de março desse anno, que a conferencia especial de direito internacional

---

<sup>1</sup> Argentina, Austria-Hungria, Belgica, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, França, Grecia, Guatemala, Hespanha, Hollanda, Honduras, Inglaterra, Perú, Portugal, Rumania, Russia, Salvador, Servia, Suecia-Noruega, Suissa e Venezuela.

privado seria convocada depois que a conferencia sanitaria ultimasse os seus trabalhos, a verdade é que mais um vez foi adiado o inicio da codificação daquelle direito<sup>2</sup>

14. O terreno estava contudo preparado, a ideia estava lançada, e em breve havia de ver-se a sua fructificação, primeiro, na America e, depois, na Europa.

Em verdade, a 20 de fevereiro de 1888 resolveram de common accordo os governos da Argentina e do Uruguay convocar um congresso de jurisconsultos das nações da America do Sul, para uniformizar por meio de tratados as regras do direito internacional privado, e a 10 de março do mesmo anno era expedida aos diversos governos nota de convite para a reunião do congresso em Montevideu a 25 de agosto, dia em que o congresso effectivamente se constituiu com representantes dos governos da Argentina, Bolivia, Brasil, Chili, Paraguay, Perú e Uruguay. As suas sessões prolongaram-se até 18 de fevereiro de 1889 e durante ellas foram concluidos entre os estados representados nove tratados sobre processo civil, propriedade litteraria e artistica, patentes de invenção, direito internacional commercial, direito internacional penal, exercicio de profissões liberaes, direito civil internacional, marcas de commercio, e applicação das leis dos estados contractantes, tratados abertos á accessão das outras potencias, celebrados por tempo indefinido com a faculdade de denuncia dois annos antes do momento da desoneração, e já ratificados pela Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú e Uruguay<sup>2</sup>. O conjuncto dos tratados de Montevideu constitue um verdadeiro codigo de direito inter-

<sup>2</sup> MARTENS, *N. R. G. T.*, ser. e tom. cit., pagg. 89 e segg., e 166 e segg.

<sup>2</sup> *Tratados celebrados pela Republica Argentina*, Buenos-Aires, 1901, tom. II, pagg. 120 e segg. BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 23 e segg.

nacional privado, cuja organização foi facilitada pela semelhança da raça, costumes, religião, leis e constituição politica e social dos estados sul-americanos e cuja conclusão tem sido e continuará a ser suggestivo exemplo para todos os estados aos quaes a semelhança fundamental da sua civilização possa permittir a fixação de principios uniformes quanto aos direitos dos estrangeiros e á resolução dos conflictos das leis privadas<sup>1</sup>.

15. Em 1892, como que ligando por meio dum laço scientifico o movimento americano ao movimento europeu, promove a Real Academia de Jurisprudencia de Madrid a reunião, nesta cidade, dum congresso ibero-americano de character scientifico, embora sob a protecção do governo hespanhol, formado de representantes de Portugal, Hespanha e dos estados ibero-americanos, destinado a celebrar o quarto centenario da descoberta da America, e cujos trabalhos deviam versar desigualmente sobre a arbitragem, sobre as obrigações civis e commerciaes em direito internacional privado, sobre propriedade litteraria, artistica e industrial e sobre abalroamentos e assistencia no alto mar, nas relações dos estados ibero-americanos. O congresso abriu a 24 de outubro de 1892 e foi encerrado a 16 de novembro do mesmo anno, tendo sido votadas na sessão de 16 de novembro as suas conclusões sobre os pontos indicados e ainda sobre o casamento, separação e divorcio em direito internacional privado<sup>2</sup>. Até ao presente não se fizeram sentir sensivelmente os resultados deste con-

---

<sup>1</sup> MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.º série, tom. XVIII, pagg. 346 e segg.; *Actas de las sesiones del congreso sud-americano de derecho internacional privado*, Buenos-Aires, 1894.

<sup>2</sup> *Congresso juridico ibero-americano*, Madrid, 1893.

gresso no tocante á regulamentação juridica das relações internacionaes de ordem privada, mas a afirmação de principios ahi feita não deixou de ser um factor e uma revelação da tendencia para a unificação do direito internacional privado.

Emquanto se planeava e celebrava o Congresso de Madrid, preparava-se a realização da obra tentada pelos governos italiano e hollandês em 1867, 1874, 1877, 1881 e 1884, e desta vez a diplomacia veria os seus esforços coroados de successo <sup>1</sup>.

No fim do anno de 1891, o illustre collaborador de MANCINI no Instituto de direito internacional, ASSER, professor da Universidade de Amsterdam, advogado nesta importante cidade e um dos mais auctorizados cultores da sciencia do direito internacional privado, propõe ao governo hollandês que tome a iniciativa duma conferencia diplomatica destinada a determinar as bases dum accordo internacional sobre a codificação daquelle direito. A sua proposta é acolhida favoravelmente pelo ministro dos negocios estrangeiros *Van Tienhoven* e em 1892 são entabuladas as negociações para a realização da conferencia, enviando o governo hollandês aos governos estrangeiros uma *memoria* indicadora do seu modo de ver a respeito da conferencia, em que mostrava a necessidade de fixar regras precisas e uniformes para a solução dos conflictos de leis, principalmente das leis respeitantes ao direito das pessoas e aos direitos de familia e de successão, memoria acompanhada dum *projecto de programma*, sob a forma de questionario, compreendendo *principios geraes*, respeitantes ao estado e capacidade das pessoas, aos bens e direitos reaes, á forma e materia dos actos juridicos, e os *direitos de familia* — casa-

---

<sup>1</sup> CONTUZZI, *Commentaire theorique et pratique des conventions de la Haye concernant la codification de droit international privé*, Paris, 1904.

mento, paternidade e filiação, adopção, patrio poder, tutela, interdicção, successões e testamentos. As negociações correm regularmente, a conferencia é convocada para 12 de setembro de 1893 e reúne na Haya desde este dia até ao dia 27 com representantes da Allemanha, Austria, Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Hungria, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Russia e Suissa.

Aberta a conferencia sob a presidencia provisoria do ministro *Tienhoven* e constituida sob a presidencia definitiva de *ASSER*, determinou em primeiro logar o — *methodo* a seguir no estudo das questões de direito internacional privado e as — *materias* sobre que devia recair a sua attenção. O governo hollandês distribuira aos delegados um ante-projecto de programma preparado pelos delegados neerlandeses e resumindo em oito artigos os principios fundamentaes do direito internacional privado; mas, por proposta de *RENAULT*, delegado da França, resolveu a conferencia pôr de lado a determinação de principios, para estudar e procurar regulamentar directamente as materias em que a necessidade de uniformização mais se fazia sentir, como, por exemplo, o casamento e a competencia judiciaria. As materias escolhidas para estudo foram o casamento, a forma dos actos, as successões, a competencia judiciaria e outras questões de processo, sendo respectivamente nomeadas quatro commissões para as estudarem e sobre ellas formularem conclusões. Apresentados e discutidos os trabalhos das commissões, foi assignado no dia 27 de setembro o *Protocollo final*, com as regras a submeter á apreciação dos governos relativamente ao casamento, á communicação de actos judiciaes e extra-judiciaes, a cartas rogatorias, e a successões, e com este voto — «Os abaixo assignados reconheceram egualmente a utilidade duma conferencia ulterior, para fixar definitivamente o texto das regras incluidas no presente protocollo, e para ao mesmo tempo proceder ao exame doutras materias.

de direito internacional privado, escolhidas por accordo previo dos differentes governos», e com a seguinte declaração — «Os delegados da Hollanda annunciaram, em nome do seu governo, a intenção em que este está de provocar uma nova reunião na Haya, durante o anno proximo»<sup>1</sup>.

Pouco tempo depois do encerramento da conferencia de 1893 e em face do seu voto final, o governo hollandês, communicando aos governos ali representados que tinha em principio sancionado todas as resoluções da conferencia, propôs-lhes a acceitação destas resoluções como base dos trabalhos posteriores, e, esperando favoravel acolhimento, propôs-lhes mais a reunião duma segunda conferencia na Haya no dia 25 de junho de 1894 e submetteu ao seu exame um ante-projecto de programma contendo as materias começadas a discutir na primeira conferencia e sobre que esta se pronunciara no protocollo final — *casamento*, *successão* e *processo*, e duas materias novas — *tutella* e *fallencia*. O resultado das negociações foi de todo favoravel, pois a proposta do governo hollandês foi acceita por todos os governos representados na conferencia de 1893 e bem assim pela Suecia e pela Noruega. A conferencia só foi, porém, aberta no dia 26 de junho por proposta do ministro dos estrangeiros neerlandês e accordo dos delegados, como prova de attenção para com a França enlutada pelo assassinato do presidente Carnot.

Inaugurou a conferencia o ministro *Röel*, mas foi de novo dada a *ASSER* a presidencia definitiva. Foram nomeadas cinco commissões encarregadas do estudo das materias contidas no ante-projecto de programma, cumprindo ás tres primeiras com-

---

<sup>1</sup> *Actes de la conférence de la Haye de droit international privé* (12-27 de setembro de 1893); *ASSER*, *ob. cit.*, pagg. 9 e segg.; *RENAULT*, *ob. cit.*, pag. 17.

missões rever e completar as conclusões votadas pela conferencia de 1893 sobre casamento, successão e processo, devendo as duas ultimas redigir projectos de conclusões sobre a tutella e a fallencia. A conferencia examinou nas sessões seguintes as materias do programma e as materias novas e votou sobre ellas as suas conclusões, que incluiu no *Protocollo final*, assignado a 13 de julho seguinte e destinado á apreciação dos governos representados <sup>1</sup>.

Encerrada a conferencia, pensou naturalmente o governo hollandês nas medidas a adoptar para conduzir os outros governos a acceitarem as conclusões ahi votadas e a convertê-las em regras leaes nos estados representados, quer por meio de convenções internacionaes quer por meio de leis nacionaes uniformes. Depois de examinar maduramente a questão, resolveu habilmente o gabinete da Haya destacar das conclusões votadas pela conferencia as relativas ao processo civil e propôr ás potencias a conclusão dum tratado destinado a dar força legal ás regras contidas nessas conclusões. Porque semelhantes conclusões tinham por objecto disposições de verdadeiro interesse pratico (communicação de actos judiciaes ou extrajudiciaes, cartas rogatorias, *cautio judicatum solvi*, assistencia judiciaria, e prisão por dividas), não pareciam de natureza a levantar grandes objecções por parte dos governos, e, porque se tratava dum primeiro ensaio de codificação do direito internacional privado, pareceu prudente não complicar as negociações propondo a conversão em tratados simultaneamente de todas as conclusões votadas pela conferencia, mas reservar as conclusões relativas ao direito civil para depois de entrar em vigor a convenção sobre processo civil.

---

<sup>1</sup> *Actes de la deuxième conférence de droit international privé* (25 de junho a 13 de julho de 1894); ASSEK, *ob. cit.*, pagg. 42 e segg.; RENAULT, *ob. cit.*, pag. 24.

Nesta conformidade, communicou o governo dos Países Baixos em novembro de 1894 o projecto de tratado ás potencias representadas na conferencia, acompanhando o duma nota explicativa da sua escolha e do seu procedimento. Os governos examinaram o projecto de modo que a 14 de novembro de 1896 pôde este ser convertido em tratado assignado pela Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal e Suissa, a 1 de fevereiro de 1897 assignaram a Suecia e a Noruega o protocollo de adhesão ao tratado, a 22 de maio do mesmo anno subscreveram um protocollo adicional esclarecendo e completando o tratado as potencias signatarias e adherentes, até 30 de dezembro prestaram a sua adhesão ao tratado e ao protocollo as demais potencias representadas na conferencia, a 27 de abril de 1899 é assignada o deposito das ratificações, e a 25 de maio do mesmo anno entra em vigor a convenção sobre processo civil. Começa assim a realizar-se na Europa a ideia querida de MANCINI por obra da vontade energica de ASSER e o dia 25 de maio de 1899 fica constituindo uma das datas mais notaveis na historia do direito moderno <sup>1</sup>.

Ainda no decurso das negociações para a approvação final e entrada em vigor da convenção de processo civil, foram iniciados pelo governo hollandês os trabalhos preparatorios duma terceira conferencia destinada á codificação de diferentes capitulos do direito internacional privado. Para facilitar a consecução de resultados praticos sem grande perda de tempo, nomeou aquelle governo, por proposta de ASSER e em decreto de 20 de fevereiro de 1897, uma commissão es-

---

<sup>1</sup> Portugal ratificou a convenção e o protocollo adicional por carta regia de 28 de julho de 1898. (*Diario das sessões da camara dos deputados*, de 1898, pag. 1247, e da camara dos pares, do mesmo anno, pag. 416; ASSER, *ob. cit.*, pag. 73).

pecial encarregada dos trabalhos preparatorios e convidou as potencias a seguir o seu exemplo, que foi em breve imitado pela Belgica, França e Russia com a nomeação de commissões especiaes de direito internacional privado. Ainda segundo a proposta de ASSER, — a commissão neerlandesa devia rever as conclusões formuladas pelas conferencias anteriores que pudessem ser definitivamente approvadas por uma terceira conferencia internacional e redigir assim para esta terceira conferencia um projecto de programma que seria submettido á apreciação das potencias pelo governo hollandês, — os differentes governos seriam convidados a enviar ao governo da Haya as observações que lhes merecesse o projecto de programma, — estas observações seriam reunidas pela commissão neerlandesa num só trabalho destinado a dar facilmente um resumo das diversas propostas, — e este trabalho seria enviado ás potencias antes da abertura da conferencia para o effeito de servir de base ás instrucções a dar aos delegados. A commissão, de que era e ainda é presidente ASSER, procedendo em harmonia com estas indicações, organizou o projecto de programma sobre as tres questões — *casamento* (condições de validade, effeitos sobre o estado da mulher e dos filhos e sobre os bens dos esposos, divorcio e separação de pessoas), *tutela de menores*, *successões*, *testamentos* e *doações mortis causa*, e, depois daquelle projecto ser submettido á apreciação dos governos e de estes terem communicado ao governo hollandês as suas observações, estudou todas as notas e relatorios recebidos e organizou um quadro systematico com a indicação, sobre cada artigo do projecto de programma, do texto das propostas e emendas formuladas pelos governos. Este quadro acompanhado do texto das mencionadas notas e relatorios, que constitue um interessante volume intitulado *Documents relatifs à la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, foi enviado em março de 1900 aos governos

representados nas conferencias de 1893 e 1894 e convidados para a terceira conferencia, que foi aberta na Haya a 25 de maio do mesmo anno de 1900.

Aberta sob a presidencia do ministro dos estrangeiros neerlandês *Beaufort* e constituida definitivamente sob a presidencia de *ASSER*, elegeu a conferencia cinco commissões, tres para o estudo das questões do projecto de programma, casamento, successões e tutela de menores, devendo a terceira commissão completar o seu trabalho com a organização dum projecto sobre a tutela de maiores (interdicção), a quarta para escolher as questões que deviam ser objecto dum exame ulterior, e a quinta para redacção definitiva dos projectos, — discutiu e apreciou em dez sessões as materias do projecto de programma revistas pelas commissões e as materias novas propostas pela terceira commissão (tutela de maiores e expedição de certificados sobre a legislação em vigor num estado) e pela quarta (fallencia) — e assignou a 18 de junho o *Protocollo final* com quatro projectos de convenções sobre a resolução de conflictos de leis em materia de casamento (condições de validade), sobre a resolução de conflictos de leis e de jurisdicções em materia de divorcio e separação de pessoas, sobre a resolução de conflictos de leis e de jurisdicções em materia de tutela de menores, e sobre a resolução de conflictos de leis em materia de successões, testamentos e doações *mortis causa*, e com o duplo voto: a) de que o governo hollandês transmittisse quando julgasse opportuno aos governos representados na conferencia os relatorios e os ante-projectos organizados pela conferencia referentes aos *effeitos do casamento sobre o estado da mulher e dos filhos*, aos *effeitos do casamento sobre os bens dos esposos*, aos *effeitos do divorcio e da separação de pessoas*, á *tutela dos maiores*, á *fallencia* e á *expedição de certificados de leis*, acompanhados dum projecto de programma e do convite aos mesmos estados para communicarem as suas observa-

ções sobre esse projecto, segundo o processo adoptado na preparação da conferencia que ia findar, a fim de que o mesmo projecto pudesse fazer objecto das deliberações duma quarta conferencia de direito internacional privado; b) e de que a competencia dos tribunaes em materia de successões, de testamentos e de doações *mortis causa* fizesse objecto dum accordo ulterior <sup>1</sup>.

O governo hollandês tinha assim diante de si uma dupla tarefa — negociar a assignatura dos tratados cujos projectos foram votados pela terceira conferencia, e preparar a reunião duma quarta conferencia de direito internacional privado. A ambas se entregou com dedicada boa vontade e ambas realizou com relativo successo.

Poucos meses depois do encerramento da terceira conferencia, o governo da Haya communicou aos demais governos que acceitava os quatro projectos de convenção votados pela conferencia e convidou os mesmos governos a declarar se egualmente os acceitavam. Mas, como as negociações mostrassem que apenas os tres primeiros projectos poderiam ser assignados pela maior parte dos estados representados na conferencia, só elles foram afinal propostos á assignatura, que teve logar na Haya a 12 de junho de 1902, ficando o quarto projecto reservado para um exame ulterior. Assignaram as tres convenções a Allemanha, Austria, Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Suecia e Suissa, abstendo-se a Dinamarca e a Noruega por virtude de ser lei pessoal nestes países a lei do domicilio e a conferencia ter consagrado a lei da nacionalidade, bem como a Russia por certo por a conferencia não ter attendido a proposta do pri-

---

<sup>1</sup> *Actes de la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haya, 1900; ASSER, *ob. cit.*, pag. 75; REHAULT, *ob. cit.*, pag. 25.

meiro delegado russo (DE MARTENS) para que o casamento contraído no estrangeiro, entre individuos um dos quaes pertencesse a um país cuja legislação exija uma celebração religiosa, fosse reconhecido como valido quando celebrado pelo clérigo competente. A maioria dos signatarios (Allemanha, Belgica, França, Hollanda, Luxemburgo, Rumania e Suecia) ratificaram-nas de modo, que o deposito das ratificações pôde ser feito e assignado em 1 de junho de 1904 (já estava reunida a quarta conferencia) e, por força duma disposição common das convenções que determinava que estas começariam a vigorar sessenta dias depois do deposito das ratificações, tornaram-se ellas leis dos estados indicados no dia 1 de agosto de 1904, nova data digna de ser assignalada na historia do direito moderno <sup>1</sup>.

Para se desempenhar da segunda parte da sua missão, no desejo sempre firme de fazer progredir a codificação do direito internacional privado e de tornar effectivo o voto final da conferencia de 1900, propôs o gabinete da Haya ás potencias, em outubro de 1902, a reunião duma quarta conferencia para o outomno de 1903; organizou o projecto de programma da conferencia com estas materias = revisão da convenção de processo civil, no intuito de verificar se a experiencia aconselhava

---

<sup>1</sup> A 30 de junho de 1904 depositou a Hespanha na Haya o instrumento de ratificação da convenção relativa á tutela de menores, a 16 de junho de 1905 ratificou a Suissa as tres convenções, a 17 de julho do mesmo anno fez a Italia o deposito da ratificação tambem das tres convenções, e a 7 de fevereiro de 1907 ratificou Portugal as tres convenções, depositando as ratificações na Haya em 2 de março do mesmo anno. Dos estados signatarios, apenas a Austria (que aliás prepara a ratificação) não ratificou ainda as tres convenções e a Hespanha deixou de ratificar as convenções sobre o casamento e sobre o divorcio. (*Rivista di diritto internazionale*, 1906, pag. 106, e 1907, pag. 114; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 46 e 399 e segg.).

algumas modificações no fim do primeiro periodo da sua vigencia (que é de cinco annos, como de resto para as demais convenções) — projecto de convenção sobre successões votado pela terceira conferencia acompanhado do projecto transaccional da commissão hollandesa, — effeitos do casamento sobre o estado e capacidade da mulher, sobre os bens dos esposos, e effeitos do divorcio e separação de pessoas, — e tutela de menores, — enviou o aos governos com o pedido de estes lhe remetterem as suas observações a fim de a commissão neerlandesa formar um quadro systematico semelhante ao preparado para a ultima conferencia, que pudesse ser-lhes enviado, como então, em tempo util antes da conferencia.

Os trabalhos preparatorios seguiram em harmonia com o plano indicado pelo governo hollandês, a conferencia foi convocada para a Haya para o dia 16 de maio de 1904, abrindo-a, como de costume, o ministro dos estrangeiros neerlandês, agora *Melvil de Lynden*, sendo confiada a presidencia definitiva a *ASSER*, como se fizera em todas as conferencias anteriores, e estando representados todos os estados que haviam enviado delegados á conferencia de 1900 e bem assim o Japão, que, tendo manifestado o desejo de participar nos trabalhos da conferencia, foi unanimemente admittido a cooperar com os estados europeus. Na segunda sessão, 17 de maio, foram nomeadas cinco commissões para o estudo das materias do programma e a mais uma commissão de redacção; e, apreciando nas sessões seguintes as materias submettidas ao seu exame, assignou a conferencia no dia 7 de junho o *Protocollo final*, que encerra — um projecto de convenção relativa ao processo civil, destinado a substituir a convenção de 1896 e o protocollo addicional de 1897, — um projecto de convenção sobre os conflictos de leis em materia de successões e testamentos, — um projecto de convenção sobre os conflictos de leis relativos aos effeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos esposos nas re-

lações pessoas e sobre os bens dos esposos, — um projecto de convenção referente á interdicção e ás medidas de protecção analogas, — e um projecto relativo á fallencia <sup>1</sup>, e contem dois votos, o primeiro no sentido de o governo hollandês convocar, o mais cedo possivel depois da assignatura da convenção sobre successões e testamentos, uma nova conferencia para o fim especial de preparar o protocollo adicional visado no art. 6.º, § 2.º<sup>2</sup> da referida convenção e a convenção relativa á competencia e ao processo em materia de successões e testamentos visada no art. 8.º<sup>3</sup>, e o segundo respeitante á convenção sobre processo civil, e bem assim um pedido ao governo da Haya para que mais uma vez promova a realização dos votos emitidos pela terceira conferencia relativamente ao projecto sobre os effeitos do divorcio e da separação de pessoas e para que attenda a proposta do governo allemão relativa aos effeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos, isto é, para que promova uma nova conferencia em que se estudem esses assumptos <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> O texto deste projecto não é destinado a uma convenção geral, mas apenas a servir de base a convenções singulares entre os estados representados.

<sup>2</sup> É reservada em cada estado a applicação das suas leis, de natureza imperativa ou prohibitiva, concernentes ás materias que forem indicadas de *commun accord* pelos estados contractantes num protocollo adicional, destinado a ser ratificado ao mesmo tempo que a presente convenção.

<sup>3</sup> Logo que seja possivel, depois da assignatura da presente convenção, os estados contractantes estabelecerão de *commun accord* as regras relativas á competencia e ao processo em materia de successões e de testamentos. A convenção que contiver estas regras será ratificada ao mesmo tempo que a presente convenção.

<sup>4</sup> *Actes de la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904; *Documents relatifs à la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904.

A quarta conferencia renovou para o governo hollandês o duplo encargo de negociar a conversão em tratados dos projectos votados e de promover a realização de novas conferencias para continuar a obra da codificação do direito internacional privado. De parte de tão alta missão já aquelle governo se desempenhou. Por um lado, já a 17 de julho de 1905 foram assignadas na Haya quatro convenções: a primeira sobre processo civil e destinada a substituir a de 1896, assignada pela Allemanha, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Russia, e Suecia; a segunda sobre conflictos de leis em materia de successão e testamentos, a terceira sobre conflictos de leis relativos aos effeitos do casamento sobre as relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges, e a quarta sobre interdicção e medidas de protecção analogas, assignadas pelos mesmos estados, menos a Hespanha, o Luxemburgo e a Russia <sup>1</sup>. Por outro lado, já foi convocada a quinta conferencia de direito internacional privado destinada a preparar o protocollo e a convenção complementares da convenção sobre successões. A conferencia, convocada primeiro para o outomno do anno corrente, foi adiada para a primavera de 1908 <sup>2</sup>.

Os factos apontados, e principalmente a celebração e resul-

---

<sup>1</sup> As quatro convenções de 1905 ainda não foram ratificadas, mas os estados signatarios já começaram a preparar a sua ratificação. Assim é que, a Hollanda approvou as convenções sobre processo civil, effeitos de casamento, e interdicções, por lei de 15 de julho de 1907, Portugal approvou as quatro convenções por lei de 17 de setembro de 1908, e o governo italiano apresentou ao senado em 19 de junho do anno corrente o projecto de lei para a approvação das tres convenções approvadas pela Hollanda. (*R. D. I. Pr. et D. Pen. Int.*, 1905, pagg. 781 e segg., e 1908, pagg. 509 e segg.; *R. D. I.*, 1905, pagg. 646 e segg.; *Diario das sessões*, da camara dos deputados de 8 de outubro de 1906 e de 29 d'agosto de 1908, e da camara dos pares de 4 de setembro do mesmo anno de 1908).

<sup>2</sup> *Rivista di diritto internazionale*, 1908, pag. 141.

tados das conferencias da Haya, são claro testemunho de que o direito internacional privado tende para a sua uniformização e de que o methodo internacional irá conquistando o campo ao methodo individual. Com effeito, se as infructíferas tentativas de MANCINI e do governo hollandez de 1874, e a inefficacia final do congresso de Lima, eram de molde a deixar duvidas ácerca da probabilidade de vir a realizar-se a codificação geral do direito internacional privado, o congresso de Montevideu e accentuadamente as conferencias da Haya auctorizam um juizo diverso, pois fizeram dar um grande passo para aquella codificação, como bem o patenteiam as circunstancias da sua realização e o alcance scientifico e pratico da sua obra.

Em primeiro logar, as conferencias foram constituídas por delegados da grande maioria dos Estados da Europa, pois que na de 1893 estiveram representantes da Allemanha, da Austria, da Belgica, da Dinamarca, da França, da Hespanha, da Hollanda, da Italia, do Luxemburgo, de Portugal, da Rumania, da Russia e da Suissa, na de 1894 estiveram a mais representantes da Suecia e da Noruega, na de 1900 estiveram delegados de todas as potencias representadas na de 1894, e na de 1904 ainda accresceu a representação do Japão, de modo que, dos grandes estados europeus, apenas se abstiveram a Inglaterra e a Turquia, a primeira a pretexto do particularismo das suas instituições juridicas e a segunda em razão do regimen excepcional das suas relações juridicas com os outros estados, e dos estados extra-europeus já concorreu uma potencia assignaladamente progressiva e com que a humanidade deve contar no futuro do seu desinvolvimento.

Depois, foi com o concurso de representantes de todos aquelles estados que as conferencias desinvolveram uma acção verdadeiramente progressiva, não só na complexidade dos problemas que estudaram, mas até na forma dada ás suas conclusões. Respeitando a independencia legislativa dos estados, procura-

ram as conferencias conciliar a competencia das diversas leis nas principaes hypotheses de conflictos, como bem o mostra o resumo acima feito, e no Protocollo final de 1900 começaram a dar ás suas conclusões a fórma de projectos de tratados, o que de certo facilita o trabalho posterior da conclusão dos mesmos tratados. Esta *evolução formal* foi sobremodo logica. As conferencias começaram naturalmente por procurar soluções justas, para as submeterem á critica, para as reverem e emendarem depois desse novo processo de estudo e apreciação, e para afinal as offerecerem aos estados como meio de estabelecer a unidade na resolução dos conflictos das leis.

É ainda de notar a preferencia dada pelas conferencias á regulamentação directa das materias em que a necessidade de unificação mais se fazia sentir, em vez de começarem pela fixação de principios geraes de direito internacional privado. «Ainda aqui, nota PILLET, o partido tomado deve ser approvado. A emissão de principios pertence á doutrina. Um tratado ou uma lei devem dar satisfação ás necessidades praticas reveladas pelo commercio internacional. É a caracteristica da sua acção. Sem duvida que esta obra deve apoiar-se em principios justos e solidos, mas não é seu fim promulgá-los: ás necessidades quotidianas da interpretação basta que elles transpareçam sufficientemente das resoluções adoptadas». Procedendo assim, revestiram as conferencias de logo um character mais pratico e aproximaram-se mais depressa de seu fim. O resultado de tão acertado procedimento mostram-no visivelmente as convenções já concluidas e ratificadas, que relativamente depressa vieram uniformizar regras de direito internacional privado nas relações dos estados contractantes.

A significação e valor das conferencias da Haya torna-se assim bem evidente. A sua reunião foi o producto da tendencia para unificar o direito internacional, a sua obra mostrou a possibilidade de chegar a accordo entre os estados sobre ques-

tões importantes, e as convenções celebradas sobre as suas conclusões começam o trabalho de codificação geral do direito internacional privado e legitimam a esperança de que esse trabalho continuará até ao estabelecimento dum regimen uniforme de coordenação das leis privadas dos diferentes países. Em synthese, as conferencias da Haya representam um successo do methodo internacional sobre o methodo legislativo, e indicam o destino evolutivo dos dois methodos, que será a substituição progressiva do segundo pelo primeiro, de modo que, por fim, o methodo internacional domine toda a organização do direito internacional privado.

Para o mesmo resultado concorrerá ainda a realização pratica da resolução das conferencias panamericanas do Mexico de 1902 e do Rio de Janeiro de 1906 respeitantes á organização dum codigo de direito internacional privado destinado a regular as relações inter-americanas de ordem privada.

E ainda para esse resultado contribuirão as duas conferencias de direito internacional privado que, por iniciativa do governo argentino, reunirão em Buenos-Ayres, a primeira já convocada, para o dia 8 de julho de 1909, e constituida por delegados dos estados que adoptam o systema da lei do domicilio como lei pessoal, destinada a preparar a unificação das leis nacionaes sobre o domicilio, e a organizar o projecto de convocação da segunda conferencia, que será universal e em que os representantes de todos os estados civilizados deverão discutir o projecto de conciliação entre aquelle systema e o systema da lei nacional e assim lançar a base da unificação do direito internacional privado em todo o mundo civilizado. Uma das maiores divergencias que separam os estados sob o ponto de vista do direito internacional privado é, effectivamente, adopção, por uns estados, do systema da lei do domicilio e, por outros, do systema da lei da nacionalidade na determinação da lei pessoal, e, porisso, a iniciativa do governo argentino, se con-

seguir conciliar a grande divergencia actual, terá vencido a maior difficuldade que ainda obsta á uniformização geral daquelle direito <sup>1</sup>.

Os factos parecem, pois, mostrar que o methodo individual representa uma phase transitoria na constituição do direito regulador da sociedade internacional de ordem privada, destinado a desaparecer quando o trabalho scientifico e a acção diplomatica possam conduzir os estados a um accordo geral sobre todos os problemas da nossa sciencia.

16. Ao esforço dos jurisconsultos e da diplomacia para fixar principios uniformes de resolução dos conflictos das leis, contrapôs BARTIN, a sua *theoria das qualificações*, com a qual pretendeu demonstrar a impossibilidade da unificação das regras de direito internacional privado <sup>2</sup>.

BARTIN põe a questão deste modo: — Ainda que todos os legisladores cheguem a accordo para regular pela mesma lei uma determinada categoria de relações juridicas, uma divergencia subsistirá sempre entre elles quanto á determinação da categoria em que entra uma ou outra relação especial. É a diversidade de *qualificação* de direito dada a uma mesma relação pelos varios estados, a qual involverá a applicação de leis differentes em cada um desses estados, apesar do principio acceto de que uma *certa lei* deve regular uma *certa ordem* de relações

---

<sup>1</sup> *Bulletin argentin de droit international privé*, vol. II, n.º IV, 1908, pagg. 281 e segg.

<sup>2</sup> BARTIN, *J. D. I. P.*, 1897, pagg. 225, 466 e 720, e *Études de droit international privé*, pagg. 1 e segg.; DESPAGNET, *J. D. I. P.*, 1898, pagg. 253 e segg., e *Précis de droit international privé*, pagg. 225 e segg.; PILLET, *Principes*, pagg. 101 e segg.; VABRES, *Constit des lois*, pag. 582, e *J. D. I. P.*, 1905, pagg. 1231 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOR REIS, *ob. cit.*, pagg. 85 e segg.

juridicas. A qualificação differente desloca a relação jurídica duma para outra categoria, e a sua lei reguladora é naturalmente diversa. Assim, se os estados accordam em que a lei reguladora da capacidade seja a lei nacional e a lei reguladora da forma dos actos seja a do logar da celebração, basta que um estado *qualifique* de condição de capacidade o que outro *qualifica* de condição de forma, para que seja differente a lei applicavel á mesma relação jurídica e fique prejudicada a uniformização do direito internacional privado.

Poderá effectivamente a theoria das qualificações oppor-se ao funcionamento dum systema geral de direito internacional privado?

Como nota PILLET, pode haver casos de irreductivel dissidencia sobre a natureza de certas relações jurídicas, que difficultem a applicação em todos os países a essas instituições dum regimen internacional uniforme. É o que poderá acontecer, por exemplo, com as doações *mortis causa*, que ficam na linha divisoria entre os contractos e as successões e que uma legislação poderá considerar como actos contractuaes e outra como forma do direito successorio, o que poderá determinar a sua submissão nos dois países a um regimen internacional differente e portanto produzir a falta de unidade que se pretende na organização do direito internacional privado.

Mas, se semelhantes casos existem, são raras excepções na vida geral do direito privado, e porisso não constituem obstaculo serio á constituição dum systema geral de direito internacional privado.

A semelhança fundamental de civilização, necessidades e tendencias dos estados dum grau approximado de cultura social faz com que as instituições de direito privado, embora organizadas de modo differente nos diversos países, tendam á realização de fins semelhantes, sejam instrumento da mesma função — a salvagarda dos interesses particulares, e apresen-

tem um grau de correspondencia sufficiente para, na grande generalidade dos casos, subordinar a principios communs a sua coordenação internacional. A theoria das qualificações constitue, porisso, um obstaculo minimo á unificação do direito internacional, embora, quando reduzida aos seus precisos termos, represente um ponto de vista novo no direito internacional privado pela revelação duma nova ordem de conflictos de leis — os *conflictos de qualificação*, ponto de vista que não pode deixar de ser considerado e que adiante apreciaremos.

### § V

#### Fontes e methodo de organização scientifica do direito internacional privado <sup>1</sup>

SUMMARIO : — 17. O costume e os tratados como modos de formação do direito internacional privado. — 18. Função pratica da sciencia do direito internacional privado. — 19. Fontes do direito internacional privado *português*. — 20. Methodo de constituição scientifica do direito internacional privado.

17. Como ramo do direito internacional geral, são modos de formação do direito internacional privado o *costume* e os *tratados*, como as unicas fórmulas por que pode manifestar-se o assentimento dos estados para a constituição de preceitos obrigatorios communs.

Dado, porém, o modo de ser actual do direito internacional privado, que se revela, na sua maior parte, sob a fórmula de definições locais de regras internacionaes, sendo ainda poucos os preceitos constituídos segundo o principio do methodo internacional, importa determinar o valor e o alcance do costume

<sup>1</sup> JITTA, *ob. cit.*, pagg. 180 e segg., e 225 e segg.; PILLET, *Principes*, pagg. 90 e segg., *Droit international privé*, pagg. 26 e segg., DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 36 e segg.

e dos tratados na sua correlação com a existencia methodica daquelle direito.

No regimen do methodo individual, formúla cada estado nas suas leis principios de direito internacional privado, e portanto só poderão estabelecer-se preceitos communs aos varios estados se estes, com um pensamento de reciprocidade, acceitarem disposições idénticas para regular a situação dos estrangeiros. No dominio de semelhante regimen, pois, só a convergencia tacita do procedimento dos estados, só o costume, pode crear regras disciplinadoras da sociedade internacional de ordem privada, já que as leis nacionaes só podem ter força imperativa no estado que as promulga.

O costume internacional constitue-se quando os estados, sem uma intelligencia formal, seguem uma pratica uniforme subordinada á ideia de reciprocidade na sua conducta para com os outros estados ou para com os nacionaes desses estados. Semelhante pratica é sempre *consuetudinaria* em relação aos outros estados, mas pode ser *consuetudinaria* ou *legislada* quanto a cada um dos estados que a seguem, consoante forem escriptos ou não escriptos os preceitos *locaes* de direito internacional privado. Consequentemente, o costume internacional pode ter por *factores nacionaes* as fontes admittidas em cada país para a formação do direito internacional, e portanto ou só a *lei*, ou a lei acompanhada do *costume* e da *jurisprudencia*, se um ou a outra ou ambos forem reconhecidos por algum dos estados da sociedade internacional. E é bem de ver que, para o conhecimento da definição *meramente local* de regras internacionaes, e portanto para saber como cada estado compreende e estabelece preceitos de direito internacional privado, e, assim, concorre para a elaboração do costume internacional, o internacionalista ou o juiz seguirá a *ordem de precedencia* das fontes admittidas no direito do seu país, para que cada uma fique no logár que lhe pertence na formação do direito nacional.

O regimen do methodo individual é, porém, transitorio e instavel e os estados afastam-se d'elle progressivamente por meio de costume ou de *tratados*.

Productos do costume são as normas geraes que constituem as bases fundamentaes da organização do direito internacional privado, bem como os principios já mais definidos ácerca dos conflitos de leis que acima deixamos apontados <sup>1</sup>.

A afirmação do direito internacional privado de character convencional atravessou já duas phases evolutivas. Constituem a primeira os *tratados singulares* concluidos entre dois estados para regular na esphera jurisdiccional de cada qual a situação dos nacionaes do outro; e formam a segunda os *tratados collectivos*, da natureza dos *tratados de Montevideu de 1889* e das *convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905*, destinados a estabelecer um regimen juridico das relações privadas internacionaes commum a um maior ou menor numero de estados. Pode, contudo, prever-se ainda uma terceira phase, que será apenas um desinvolvimento da segunda, em que, de *collectivos*, os *tratados* se tornarão *universaes*, no sentido de serem concluidos entre todos os estados civilizados, quando estes se convencerem da necessidade de estabelecer a maior uniformidade na resolução dos problemas do direito internacional privado.

Comtudo, porque, apesar dos costumes internacionaes e dos *tratados*, ainda prevalece o methodo individual, vivem os estados num *regimen mixto* de preceitos de direito internacional privado constituídos pela vontade commum dos estados e de preceitos sancionados pelo direito interno, e porque os *tratados* são uma especie de *lei excepcional* em face das leis internas, só se applicam os mesmos *tratados* aos subditos dos estados *contractantes* e só nos casos previstos nos mesmos *tratados* <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vide supra, pag. 27 e segg.

<sup>2</sup> Vide supra, pagg. 32 e 33.

18. Ao lado do costume, dos tratados e das leis internas de direito internacional privado, apparece naturalmente a sciencia do direito internacional privado, que exerce a dupla funcção de *formular* os preceitos do *direito constituído* e de indicar as *reformas* que, em face das exigencias mudaveis da communitade internacional, nesse direito devem ser introduzidas. Mas vae ainda mais longe a sua missão. Porque os costumes, os tratados e as leis nacionaes deixam sem solução muitas das questões emergentes das relações internacionaes de ordem privada, os tribunaes vão naturalmente pedir á sciencia os principios dirigentes das suas deliberações. A sciencia do direito internacional privado será assim muitas vezes um guia dos julgadores, os quaes deverão escolher as soluções doutrinaes que, não sendo contrarias ao espirito da legislação nacional, mais se harmonizam com as exigencias da vida internacional, com as necessidades da justa conciliação das leis dos differentes estados e com o principio do mutuo respeito das soberanias.

Sem os fóros duma fonte de direito, será, contudo, aquella sciencia frequente indicador dos principios reguladores da situação juridica dos estrangeiros e um auxiliar indispensavel a todos aquelles que tenham por officio a applicação de taes principios.

19. Para rematar estas ligeiras indicações ácerca das fontes do direito internacional privado, diremos quaes as fontes do direito internacional privado *português*, na sua precedencia e no uso a fazer de cada uma.

Obedecendo á tendencia geral <sup>1</sup>, definiram as leis portuguezas

---

<sup>1</sup> A tendencia para formular principios de direito internacional privado nas leis nacionaes manifestou-se no seculo passado, sendo curioso observar o maior desinvolvimento desses principios nos codigos ou leis mais

alguns principios de direito internacional privado, como se vê do codigo civil, artt. 24.º a 31.º, 578.º, 964.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1107.º, 1961.º, 1962.º, 1965.º, 1966.º, n.º 1, 2406.º, 2430.º, 2456.º, 2479.º e 2492.º, do codigo do processo civil, artt. 18.º, § 2.º, 20.º, 21.º, § 4.º, n.º 2, 39.º n.º 6, 86.º, 88.º, 89.º e §§§ 184.º, 213.º, 266.º, n.º 4, 274.º, 805.º, e 1087.º a 1091.º, do codigo commercial, artt. 4.º a 7.º, 12.º, 54.º, 96.º, 109.º a 112.º, 187.º, 255.º, 351.º, n.º 1 e § unico n.º 1, 488.º, 490.º, 509.º, 511.º, § 1.º, 513.º, § 1.º, 516.º, §§ 2.º e 3.º, 591.º, §§ 1.º e 2.º, 674.º, 675.º e 745.º, do codigo de processo commercial, artt. 2.º, 8.º, 12.º, 13.º, 30.º, 164.º, 167.º e 177.º, e do regulamento consular, artt. 89.º, 98.º, 116.º e 192.º, principios que devem, em geral, ser applicados pelos tribunaes portuguezes no julgamento das questões a que elles se referem <sup>1</sup>.

Todavia, a analyse dos textos das leis portuguezas sobre

---

recentes. Para verificar este facto bastará comparar o art. 3.º do codigo civil francês de 1804, que é a sua disposição fundamental sobre o direito internacional privado, com os artt. 6.º a 12.º do codigo civil italiano de 1865, 6.º a 14.º do codigo argentino de 1869, 8.º a 11.º do codigo civil hespanhol de 1889, 7.º a 31.º da lei de introdução do codigo civil allemão de 1896, e 3.º a 30.º da lei japonesa de 15 de junho de 1898.

O estudo comparativo destes differentes diplomas mostra nos legisladores a preocupação sempre maior de bem definir o regimen juridico das relações internacionaes de character privado (*Actes de la confêreuce de la Haye de droit international privé*, 1893, 2.º partie; MEILI, *ob. cit.*, pagg. 21 e segg.; SURVILLE ET ARTHUIS, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 1904, pag. 6; JITA, *ob. cit.*, pagg. 264 e segg.).

<sup>1</sup> Além das disposições citadas no texto, outras existem nas nossas leis, como, por exemplo, o art. 76.º da lei de 21 de maio de 1896 sobre propriedade industrial e commercial, e os artigos 10.º, 11.º e 49.º a 56.º do decreto de 21 de outubro de 1907 sobre seguros. Torna-se, assim, indispensavel, ao estudar qualquer questão de direito internacional privado portuguez, verificar com todo o cuidado se as leis do reino contêm algum preceito a seu respeito.

direito internacional privado mostra que Portugal claramente reconhece e se submete aos tres principios fundamentaes que presidem á organização daquelle direito e porisso as suas leis deverão intender-se sempre que, possivel, de harmonia com os mesmos principios.

Além disso, tambem Portugal tende para o regimen da *uniformidade convencional* e tem celebrado tratados para regular as relações de ordem privada, como se vê das convenções consulares e dos tratados de commercio, que frequentemente determinam alguns dos direitos concedidos aos subditos dos estados contractantes e por vezes fixam a lei reguladora de certas relações juridicas, como acontece com a convenção consular com a Austria, de 9 de janeiro de 1873<sup>1</sup>, que fixa a lei reguladora das successões (art. 10.<sup>o</sup>), e como particularmente se depreende das convenções da Haya de 1896, de 1902 e de 1905 sobre processo civil, casamento, divorcio e separação de pessoas, tutela de menores, efeitos do casamento, successão e interdicção, directamente concluidas para resolver questões de direito internacional privado. E porisso os codigos civil (art. 26.<sup>o</sup>), commercial (art. 7.<sup>o</sup>) e o do processo commercial (art. 2.<sup>o</sup>) determinam que, quando haja tratados respeitantes á situação dos estrangeiros, esses tratados serão cumpridos integralmente, embora as suas disposições contrariem as normas geraes reguladoras das relações privadas internacionaes.

O systema português, portanto, além de respeitar os principios fundamentaes consuetudinarios do direito internacional privado, é mixto de leis *nacionaes* e tratados, devendo a precedencia de applicação começar pelos tratados, para só na sua falta se applicarem as leis.

Mas se o direito internacional consuetudinario aceito por Portugal não resolve a questão, se tratado não existe e a lei

<sup>1</sup> Nova collecção de tratados, vol. iv, pag. 1.

é omissa? Em tal hypothese deverá seguir-se uma solução que, como acima deixamos dito, não contrariando as bases do direito internacional local, traduza as exigencias da vida internacional. E, para a justa solução das questões, será sempre indispensavel a lição da sciencia do direito internacional privado, para a plena compreensão do direito legislado, convencional e consuetudinario, e para determinar o meio mais justo de supprir as ommissões do direito existente <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sr. dr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições do direito civil portugûs*, vol. 1, pagg. 93 e segg.; PILLET, *Principes*, pag. 118, e *Droit international privé*, pag. 38.

Cumpre notar que pode haver contradicção entre as leis internas de direito internacional privado e os principios de direito internacional já constituídos pela vontade commum dos estados, e porisso importa determinar qual deva ser a attitûde dos tribunaes em face dessa contradicção. O direito internacional regula relações entre estados e só a estes obriga *directamente*, não regulando a actividade dos órgãos por que os mesmos estados, cumprem os seus deveres, ainda para com os outros estados. Os órgãos do estado e portanto os tribunaes, estão *directamente* subordinados ao direito publico interno, e com elle devem harmonizar sempre o exercicio da sua actividade. Porisso, se houver contradicção entre as leis internas e o direito internacional, os tribunaes devem applicar as leis internas como aquellas que *directamente* disciplinam a sua funcção publica. O julgamento representará, em tal hypothese, uma violação do direito internacional, mas tal violação não poderá attribuir-se ao tribunal, que cumpriu a lei do estado de que é órgão, mas deverá attribuir-se ao proprio estado por não ter harmonizado a sua legislação com os seus deveres internacionaes. O tribunal deverá, em summa, applicar sempre o direito interno, embora isso possa determinar a responsabilidade do estado, já que o direito internacional apenas obriga *directamente* os estados, e não obriga os seus órgãos encarregados de applicar as leis, os quaes estão sujeitos ao imperio do direito interno (AMZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pagg. 195 e segg.; DIENA, *Se e in quale misura il diritto interno possa portare limitazioni alle obbligazione internazionali degli stati*, pag. 15).

20. A necessidade de fundar sobre bases positivas a sciencia do direito internacional privado e a circumstancia de este direito apparecer, na sua maior parte, sob a fórma de systemas juridicos locais, variaveis com as legislações e não sob a fórma dum systema geral de principios uniformes reguladores das relações internacionaes de caracter privado, conduziram alguns escriptores, como KAHN e NIEMEYER, a affirmar que o direito internacional privado só poderia estudar-se methodicamente nas legislações particulares e só poderia, porisso, constituir-se scientificamente segundo o *methodo particular* do estudo do direito de cada estado nas disposições respeitantes ás relações internacionaes de caracter privado. Só assim *nacionalizada*, deixaria a sciencia do direito internacional privado de representar uma construcção aprioristica, para ser a sciencia positiva do regimen juridico das relações privadas internacionaes.

Outros escriptores, porém, como ANZILOTTI e PILLET, = attendendo — a que o direito internacional privado, apesar da divergencia das suas definições locais, appareceu para satisfazer uma necessidade commum aos povos civilizados, isto é, para realizar a segurança juridica nas relações internacionaes de caracter privado, e apresenta disposições communs na diversidade das legislações, — a que a sua *nacionalização* com as codificações do seculo passado não representou a sua identificação com o direito interno mas um meio de lhe dar certeza e fixidez, — a que é visivel a tendencia para a sua uniformização, — a que a sua função sociologica se traduz na realização progressiva da commuidade de direito nas relações internacionaes de ordem privada, — a que só formalmente as leis que o consagram em cada estado se approximam das demais leis internas, contendo essencialmente regras de caracter internacional, — e a que a sciencia do direito internacional privado será uma sciencia positiva desde que se apoie na observação dos factos da vida internacional para, pela analyse e compa-

ração das legislações e pela investigação das tendencias das sociedades modernas, formular os principios que já regulam ou deverão regular os factos que a internacionalização crescente das relações privadas vem produzindo dentro da comunidade dos estados — decidem-se pela legitimidade da constituição scientifica do direito internacional privado segundo o *methodo geral* do estudo daquelle direito no conjuncto das legislações, para formular os principios communs dessas legislações sobre os problemas que o mesmo direito se propõe resolver, verificar as divergencias reveladas pelas legislações, e determinar até onde semelhantes divergencias podem ser eliminadas.

E este segundo methodo de constituição da sciencia do direito internacional privado é o que melhor condiz com a natureza e destino deste direito. O direito internacional privado é um direito internacional propriamente dicto, pela natureza dos problemas que vem resolver, por já ter as suas bases fundamentaes firmadas em principios constituídos pela vontade commum dos estados, e por as leis internas, em que apparece traduzido, se integrarem, pelo seu conteudo, pelo seu destino e pela função que com ellas o estado desempenha, no systema geral do direito internacional, tende naturalmente para a uniformidade de principios que traduzam a sua perfeição evolutiva, e porisso a sciencia que o estuda não pode deixar de ser a sciencia da uniformidade de principios já realizada, do estudo das tendencias para alargar essa uniformidade e dos meios de remediar as divergencias existentes até á realização da grande uniformidade final. E nem porisso o methodo geral deixará de ser positivo, desde que parta da observação dos factos e só nos factos baseie a construcção scientifica do direito internacional privado <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ANZILOTTI, *Studi critici*, pagg. 1 e segg.; PILLET, *Principes*, pagg. 90 e segg.; DICEY, *The conflict of laws*, pagg. 15 e segg.

## CAPITULO II

### Condição dos estrangeiros

#### § I

#### Nacionaes e estrangeiros <sup>1</sup>

SUMMARIO: — 21. Noção e importancia da nacionalidade em direito internacional privado. — 22. Competência para estabelecer as leis attributivas da nacionalidade. Character geral destas leis.—23. Principios reguladores da attribuição da nacionalidade. — 24. Conflictos de leis em materia de nacionalidade. A pluralidade de nacionalidades e a falta de nacionalidade.

21. Porque a sociedade internacional tem a forma dum organismo de estados, os individuos são cidadãos ou *nacionaes* dalgum desses estados e são *estrangeiros* em relação a todos os outros. A qualidade de cidadão e a condição juridica dos individuos como nacionaes, estabelece-a o direito interno de cada país, e a sua condição como estrangeiros, fixa-a o direito

---

<sup>1</sup> WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1, e *Manuel de droit international privé*, pagg. 1 e segg.; PILLET, *Droit international privé*, pagg. 135 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 237 e segg.; ARTHUIS ET SURVILLE, *ob. cit.*, pagg. 54 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg.; STOERK, *Les changements de nationalité et le droit des gens*, na *R. D. I. P.*, 1895, pagg. 273 e segg.; NYS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 219 e segg.; BISOCCHI, *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*, Milão, 1907, etc.

internacional. E o estudo da condição dos estrangeiros pela determinação dos direitos concedidos aos individuos fóra do seu país constitue, como já foi dicto, o primeiro problema característico do direito internacional privado.

A resolução deste problema suppõe como elemento inicial o principio da *differenciação* entre nacionaes e estrangeiros, pois, antes de definir a capacidade juridica destes ultimos, é logico saber qual o meio de os distinguir dos nacionaes.

Aquelle principio de differenciação constitue a theoria da *nacionalidade*.

A nacionalidade, no seu sentido technico e rigoroso em direito internacional privado, é o laço que une uma pessoa a um estado determinado. Ser nacional dum estado é, assim, ser membro da unidade politica formada por esse estado e pertencer a um grupo social que as circunstancias historicas constituíram sob a direcção dum governo commum.

A theoria da nacionalidade tem uma dupla importancia sob o ponto de vista do direito internacional privado. Em primeiro logar, determina quem é nacional e quem é estrangeiro e assim habilita a conhecer a situação geral dos individuos bem como a saber quaes as pessoas a quem o estado deve a sua protecção no estrangeiro, sendo, como é, principio geralmente reconhecido que os estados têm o direito e o dever de, dentro de certos limites, proteger os nacionaes que se encontrem em outros estados. Depois, ensina a fixar a lei pessoal de cada qual, quando a lei pessoal seja a *lei nacional*, como o é em geral nos estados europeus, e ainda em estados não europeus, como o Brasil, o Congo, o Japão, etc. E este ensinamento é importante, pois a lei pessoal é muitas vezes a lei competente para regular as relações juridicas, como, por exemplo, o estado e a capacidade, as relações de familia, e as successões.

Não obstante a sua importancia, não daremos desinvolvimento á theoria da nacionalidade, por essa theoria ser estu-

dada na primeira cadeira de direito civil. Suppondo, porisso, estudado e conhecido tudo que respeita á aquisição, perda e readquisição da qualidade de cidadão, limitar-nos-emos a encerrar aquella theoria no seu aspecto internacional<sup>1</sup>.

22. As leis que em cada país distinguem os nacionaes dos estrangeiros determinam os elementos componentes da sociedade politica e designam os individuos que podem concorrer para a organização e exercicio das funcções publicas, e portanto são leis que entram evidentemente no direito publico interno de cada estado. Ao estado deve, porisso, ser permittido estabelecer com inteira liberdade quaes os individuos a quem ha de confiar a criação e a realização dos serviços por que se traduz o exercicio da soberania nacional.

As leis attributivas da qualidade de cidadão são, assim, leis caracteristicamente de ordem publica e portanto leis de applicação sempre obrigatoria pelos tribunaes. Porisso, na divergencia entre a *lex fori* e as leis estrangeiras ácerca do *direito de cidade*, o tribunal só tem que attender á lei do seu país para determinar se o individuo é nacional ou estrangeiro, e para lhe reconhecer os direitos e attribuir as obrigações que possam resultar duma ou doutra qualidade.

Mas se os estados têm a liberdade de regular como melhor entenderem a attribuição da qualidade de cidadão, devem, no entretanto, procurar estabelecer toda a possivel concordancia entre as suas leis sob esse ponto de vista, para evitar a dupla anormalidade de o individuo não ter nacionalidade ou ter mais que uma nacionalidade, anormalidade resultante da falta de correspondencia entre as legislações por maneira a poder per-

---

<sup>1</sup> Vid. Carta Constitucional, artt. 7 e 8, e Codigo civil, artt. 18 a 23; Sr. dr. GUILHERME MOREIRA, *ob. cit.*, pagg. 172 e segg.

der-se a nacionalidade dum estado sem adquirir a doutro estado, caso em que o individuo não terá patria, ou a adquirir uma nacionalidade nova sem ter perdido a antiga, caso em que terá duas patrias.

Importa, porisso, apontar os principios de direito internacional que, por um lado, devem orientar os legisladores e os governos para organizarem as leis ou celebrarem tratados no sentido de evitar aquella anormalidade, e, por outro lado, ensinem a resolver as situações anomalias creadas pelas divergencias legislativas sobre a nacionalidade.

23. Os principios reguladores da attribuição da nacionalidade como laço juridico entre o individuo e um estado foram reduzidos por STÖERK fundamentalmente a quatro: 1.º) a *cidade* — toda a pessoa deve ter uma nacionalidade; 2.º) a *exclusividade* — ninguem pode ter mais que uma nacionalidade; 3.º) a *mutabilidade* — o individuo tem o direito de mudar de nacionalidade, renunciando á nacionalidade antiga e adquirindo uma nacionalidade nova; 4.º) a *continuidade* — conservação da nacionalidade adquirida até á aquisição duma outra nacionalidade.

A *cidade* attribue ao individuo as faculdades que só podem ter os membros duma communiidade politica, ao mesmo tempo que lhe impõe os encargos que resultam da comparticipação nessa communiidade. Da organização da humanidade em estados deriva naturalmente a ligação entre um individuo e um estado, ao qual dedique a sua cooperação na realização dos interesses geraes e que lhe sirva de protecção e apoio no exercicio da sua actividade. A unidade de nacionalidade é assim a expressão pessoal da actual organização politica da humanidade e um evidente factor da regularização da situação dos individuos dentro da sociedade internacional.

A *exclusividade* obsta á pluralidade de nacionalidades, situa-

ção anomala que origina serias difficuldades tanto na determinação dos direitos e obrigações do individuo como na escolha da lei reguladora das suas relações juridicas. Com effeito, porque a nacionalidade representa a comparticipação numa comunidade politica, o individuo que tenha duas nacionalidades gosa ao mesmo tempo dos direitos e deve supportar os encargos de cidadão de ambos os estados de que seja nacional, e porque, segundo muitas legislações, como acima dissemos, a lei pessoal é a lei nacional, teria o mesmo individuo uma dupla lei pessoal. Mas, porque não poderá desempenhar-se cumulativamente dos encargos que lhe resultam da sua qualidade de cidadão de dois estados, expõe-se fatalmente aos rigores da lei num dos estados que o reivindicam como seu nacional, e porque a duplicidade da lei pessoal é incompativel com a unidade e estabilidade da sua situação juridica, encontrar-se-á numa situação juridica contradictoria e irreductivel, absolutamente repugnante á regularidade das relações internacionaes e que os estados deverão evitar pela possivel uniformização das suas leis sobre a attribuição da nacionalidade.

A *mutabilidade* assegura ao individuo a liberdade de escolha da nacionalidade e emancipa-o da servidão politica dentro do estado. Nos modernos estados civilizados, é geralmente reconhecido o direito de mudar de nacionalidade. Em alguns países os cidadãos, ou todos (Argentina, Bolivia, Eguador, Paraguay, Perú, S. Salvador e Venezuela), ou pelo menos os originarios sujeitos ao serviço militar (Russia), não podem expatriar-se naturalizando-se em país estrangeiro, e em outros á expatiação depende duma auctorização do governo (Allemanha) ou da pratica de certas formalidades, como a renuncia formal á nacionalidade actual (Suissa), mas na grande maioria dos estados a expatiação é livre, podendo o individuo trocar sem restricções a sua nacionalidade pela nacionalidade doutro estado.

Este direito de mudar de nacionalidade funda-se no duplo principio de que a nacionalidade não deve impor-se a quem não queira ser cidadão dum determinado estado e de que, não podendo contestar-se ao homem o direito de desinvolver as suas faculdades physicas e intellectuaes, logicamente lhe deve ser permittido deixar a sua patria d'origem e procurar uma patria nova onde lhe seja possivel realizar os interesses e as vantagens que julgue necessarias á sua existencia e não possa conseguir no seu antigo país.

Ao direito de expatriação corresponde a *naturalização*, admittindo todos os estados civilizados, ou como uma *graça* (é a regra na Europa) ou como um *direito* (na Grecia e em geral na America) e mediante a exigencia de maior ou menor numero de condições, que os estrangeirós possam passar a nacionaes pela naturalização.

Todavia, porque, segundo algumas legislações, a naturalização em país estrangeiro não é sufficiente para perder a antiga nacionalidade, ou por a mudança de nacionalidade não ser permittida ou por se não cumprirem as condições para essa mudança exigidas, pode a naturalização produzir a anomalia da dupla nacionalidade com as consequencias que já apontamos. Para evitar tão prejudicial situação, não deveriam os estados permittir a naturalização, se o interessado não perdesse por esse facto a sua antiga nacionalidade. E neste sentido já providenciaram as legislações da Noruega, do Luxemburgo, da Servia e da Suissa, determinando que não podem naturalizar-se os estrangeiros que não perdem pela naturalização a sua nacionalidade de origem.

A *continuidade* evita o apparecimento dos individuos sem patria — *heimathlosen* — na situação anomala de não terem um estado que especialmente os proteja e sem leis certas que dêem estabilidade á sua personalidade juridica. A regularidade das relações internacionaes, assim como exige que

o individuo tenha uma só nacionalidade, exige que elle tenha sempre uma nacionalidade para a determinação do estado que lhe deve protecção e para a definição da sua lei pessoal quando esta se identifique com a lei nacional. O principio da continuidade vem, porisso, corrigir, até onde a correcção é possível, as legislações que admittem a perda da nacionalidade sem que uma outra nacionalidade seja adquirida, e vem ainda condemnar as leis que com semelhantes disposições criam os *heimathlosen*. Entram em tal numero todas as legislações que ou admittem a abdicação pura e simples da nacionalidade (Allemanha e Hungria), ou estabelecem que a residencia em país estrangeiro além dum certo prazo faz perder a nacionalidade (Allemanha, Hungria, Italia, Dinamarca e Suecia), ou determinam que a saída do país com o destino de não regressar equivale á desnacionalização (Austria, Belgica, Luxemburgo e Noruega), ou dispõem que perde a nacionalidade aquelle que acceita funções publicas em país estrangeiro ou que acceita pensões ou condecorações de governos estrangeiros (Allemanha, Grecia, Hespanha, Hollanda, Hungria, Italia, Mexico, Portugal, etc.), ou, reconhecem a pena de expulsão do reino com o effeito da perda da qualidade de cidadão (Bulgaria e Portugal). Todas estas disposições são inconvenientes sob o ponto de vista internacional. Até certo ponto corrige-as o principio da continuidade, pois, quando o *heimathlos* tenha ficado sem patria por algum dos motivos apontados, deve considerar se a antiga nacionalidade como um direito internacionalmente adquirido e ainda não regularmente substituido, e deve elle considerar se como cidadão do país a que já pertenceu. Assim o exige o principio da cidade. Isto, porém, só poderá ter logar fóra do estado de que elle tenha sido nacional. Aqui, porque as leis attributivas da qualidade de cidadão são de ordem publica, será considerado como não tendo nacionalidade.

Todavia, o verdadeiro remedio consiste em reformar semelhantes legislações por maneira, que nunca haja perda de nacionalidade sem a aquisição duma nova patria. É de notar como singularmente revoltante a admissão da pena de expulsão do reino com a perda da qualidade de cidadão, como se os países estrangeiros devessem ser asylo de criminosos e houvesse o direito de privar os individuos de leis reguladoras da sua situação juridica.

24. Os principios que deixamos estabelecidos não tẽem informado sempre as legislações acerca da attribuição da nacionalidade, por forma a haver ou a) individuos sem patria ou b) individuos com duas patrias. Procuraremos, porisso, determinar como e até onde semelhantes situações são susceptiveis duma solução.

a) A falta de nacionalidade — *heimathlosat* — pode provir da divergencia dos systemas seguidos pelas legislações na attribuição da nacionalidade ou de as mesmas legislações admitirem, como já dissemos, casos de perda de nacionalidade sem a aquisição duma outra nacionalidade.

Se uma legislação segue o systema do *jus soli*, considerando nacionaes os individuos que nascem no territorio do estado, e outra segue o systema do *jus sanguinis*, considerando cidadãos os filhos de nacionaes do estado, os individuos que nasçam no territorio do segundo estado, de paes que sejam nacionaes do primeiro, não tẽem nacionalidade, pois não os alcança nem o *jus solis* nem o *jus sanguinis*.

Sem nacionalidade ficam tambem todos aquelles que podem perder a antiga patria sem adquirir uma patria nova, como acontecerá com a applicação do art. 22.º, n.ºs 2.º e 3.º, do codigo civil portuguez, pois nem a acceitação de funcções publicas, graça, pensão ou condecoração de governo estrangeiro equivale á naturalização em outro país, nem o expulso do reino

por sentença fica por esse facto cidadão de qualquer estado. O mesmo acontecerá com a mudança de nacionalidade do individuo casado e com filhos menores, se pela lei do país de origem a mulher e os filhos perderem por esse facto a nacionalidade daquelle país, sem que pela lei do país de naturalização adquiram a nova nacionalidade do marido ou pae.

Ao lado destes *heimathlosen* que o são *de direito*, ha os *heimathlosen* que o são *de facto*, por não poder determinar-se a sua nacionalidade, o que é reconhecido pelo n.º 4.º do art. 18.º do codigo civil português.

Qual a situação dos individuos sem patria, quer de direito quer de facto?

Antes de mais, deve observar-se que um individuo só deve considerar-se sem patria quando nunca tenha tido nacionalidade ou quando esta não possa determinar-se. Quando tenha sido nacional de qualquer país, deve ser tido em terceiros estados como nacional desse país, para o effeito de determinar os seus direitos e de fixar a sua lei pessoal, quando esta se identifique com a lei nacional. No estado, porém, de que tenha sido nacional não poderá deixar de ser considerado como sem patria pelo motivo já referido, e porisso a sua situação determinar-se-á em harmonia com o que vamos dizer.

Deixando para mais tarde a determinação dos direitos que nos estados civilizados devem ser attribuidos aos *heimathlosen*, só formularemos por agora as regras respeitantes á determinação da lei que, á falta duma lei nacional, deva constituir a sua lei pessoal. Semelhante lei deve ser naturalmente aquella que mais estabilidade possa garantir á sua condição, e portanto a lei do domicilio. Na falta de domicilio, desempenhará a mesma função a lei do logar onde forem celebrados os actos juridicos e, na falta desta ultima, a *lex fori*. Ainda que qualquer d'estas leis não seja normalmente competente como lei pessoal, a normalidade cede ao principio superior de que

ninguem pode viver fóra da lei e de que todos devem ter o seu estatuto pessoal. Na falta de nacionalidade *legal*, attribue-se ao individuo uma nacionalidade *de facto*, determinada pelo domicilio, pela celebração do acto juridico ou pelo tribunal onde corre a acção, para dalgum modo coordenar a sua situação com a organização actual da humanidade em estados que, em suas leis, definem a situação juridica dos individuos.

b) A dupla nacionalidade pode derivar ou da divergencia de systemas legislativos sobre a attribuição da qualidade de cidadão ou do facto de uma pessoa adquirir uma nacionalidade nova sem perder a nacionalidade antiga.

A divergencia de systema legislativo sobre a attribuição de nacionalidade pode produzir o resultado de o individuo ser, pelo nascimento, cidadão do país onde nascer, quando nesse país seja seguido o principio do *jus soli* e porisso se declarem nacionaes os individuos nascidos no territorio, e ao mesmo tempo cidadão do país de seus paes, se estes pertencerem a um estado que admitta o principio do *jus sanguinis* e declare cidadãos os filhos de nacionaes nascidos em país estrangeiro. Assim, pelo art. 18.º, n.º 2.º, do codigo civil portugûes, é cidadão portugûes o individuo que nasce no reino de pae estrangeiro, que não resida por serviço da sua nação, se não declarar, por si, sendo maior ou emancipado, ou por seu pae ou tutor, sendo menor, que não quer ser cidadão portugûes, e pelo art. 17.º, n.º 2.º, do codigo civil hespanhol é cidadão hespanhol o individuo nascido de pae hespanhol em país estrangeiro, de forma que o individuo que nasça em Portugal de pae hespanhol e não faça a declaração referida, será ao mesmo tempo portugûes e hespanhol. Conflictos desta natureza são frequentissimos entre as legislações dos diversos países. E ainda um conflicto semelhante pode surgir entre duas legislações que sigam ambas a certos respeitos o principio do *jus*

*sanguinis*, como acontecerá entre a lei portugueza, que (cod. civil, art. 18.º, n.º 3.º) considera cidadão portuguez o filho illegitimo de mãe portugueza, nascido em país estrangeiro, que venha domiciliar-se no reino ou declare que quer ser portuguez, e a lei italiana (cod. civil, artt. 4.º e 7.º), que considera nacional o filho perflhado de pae italiano. Por taes preceitos o filho illegitimo de mãe portugueza e pae italiano poderá ser ao mesmo tempo portuguez e italiano.

Muito frequente é a situação da dupla nacionalidade provinda do facto de o individuo adquirir uma nacionalidade nova sem perder a nacionalidade antiga. Sempre que ao individuo não é permitido mudar de nacionalidade ou não o pode fazer sem cumprir determinadas condições, e elle obtem a naturalização em país estrangeiro, ficará com duas nacionalidades. Ainda sob outro aspecto a naturalização pode determinar a situação da dupla nacionalidade. É no que respeita ás mulheres e filhos menores do naturalizado, que podem ficar com a nacionalidade de origem e com a nova nacionalidade do marido ou pae. Assim, pelo codigo civil portuguez, a naturalização em país estrangeiro dum nacional casado não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação á mulher e aos filhos menores se não declararem, os filhos depois de maiores ou emancipados, que querem seguir a nacionalidade do marido ou pae (art. 22.º, §§ 1.º e 2.º), e pelo codigo civil allemão a naturalização abrange a mulher e os filhos menores (art. 41.º, 1).

Como resolver os conflictos de dupla nacionalidade no interesse da determinação dos direitos e deveres dos individuos e da fixação da sua lei pessoal?

O conflicto pode suscitar-se perante os tribunaes dos estados de que o individuo seja nacional ou perante os tribunaes de terceiros estados.

Na primeira hypothese, porque as leis attributivas da quali-

dade de cidadão são de ordem publica, os tribunaes considerarão o individuo como cidadão do estado local sem attenção pela lei do outro estado que tambem o considere seu nacional. Em tal hypothese, o conflicto resolve-se, pois, judicialmente pela applicação da *lex fori*.

Na segunda hypothese, dado o direito equal de cada estado formular livremente os preceitos reguladores da attribuição da nacionalidade, não ha, em geral, mais razão para optar por esta antes que por aquella das legislações em conflicto.

Se, todavia, o individuo estiver domiciliado em algum dos estados de que é nacional, a par com uma das leis concorrentes que o declaram cidadão do respectivo estado, apparece como coefficiente de preferencia o domicilio num desses estados. Em tal caso, está ao lado duma das nacionalidades um claro elemento de maior correlação do individuo com ella do que com a nacionalidade concorrente, e por isso os escriptores consideram geralmente legitima a preferencia da nacionalidade do estado em que o mesmo individuo esteja domiciliado.

Se o individuo se não encontra domiciliado em nenhum dos estados de que é nacional, ainda pode haver um coefficiente de preferencia. É a prioridade da aquisição da nacionalidade. Uma pessoa só deve ter uma nacionalidade e porisso, quando tenha duas adquiridas successivamente e sem que a aquisição da segunda o emancipasse da primeira, será esta a que deve tomar se em conta como um direito internacionalmente adquirido ainda não regularmente substituido. É certo que ao individuo deve ser permittido mudar de nacionalidade, o que faz com que alguns auctores se decidam pelo reconhecimento da segunda, mas tambem é certo que o estado tem inteira liberdade para regular como intender a aquisição e perda da qualidade de cidadão e que á regularidade das relações internacionaes convem que o individuo não adquira uma nova

nacionalidade sem se haver desligado completamente do estado a que pertence, e porisso parece preferivel a doutrina que reconhece a legitimidade da primitiva nacionalidade, como um direito adquirido que ainda não foi regularmente substituido sob o ponto de vista internacional <sup>1</sup>.

No caso, porém, de nem o individuo estar domiciliado em algum dos estados de que é nacional nem as duas nacionalidades serem adquiridas successivamente, o conflicto é insolavel, pois se não pode indicar um criterio certo para orientar o julgador. Mas como o tribunal não pode deixar de julgar, attribuirá a tal individuo aquella nacionalidade que, segundo o seu prudente arbitrio, melhor proteja o individuo e melhor regularize a sua situação na sociedade internacional.

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pag. 567; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 133 e 134.

## § II

Direitos dos estrangeiros <sup>1</sup>

SUMMARY: — 25. A condição dos estrangeiros na evolução jurídica. Limites minimo e maximo dos poderes do estado em relação aos estrangeiros. — 26. Os estrangeiros e os *direitos publicos*. — 27. Os estrangeiros e os *direitos civis*. Os systemas adoptados pelas legislações na determinação dos direitos civis dos estrangeiros: systema das incapacidades, systema da reciprocidade e systema da egualdade. — 28. Os estrangeiros e os *direitos politicos*. — 29. Principio fundamental informador da condição jurídica dos estrangeiros e caracter geral da situação jurídica dos individuos perante o direito internacional. — 30. A condição dos estrangeiros nos estados que não fazem parte da commuidade internacional. — 31. Condição dos individuos sem nacionalidade ou dos que tenham duas nacionalidades. — 32. Condição dos estrangeiros em Portugal. — 33. Protecção dos nacionaes em país estrangeiro. Meios de a tornar effectiva.

25. Não foi sempre egual a condição dos estrangeiros na evolução jurídica, tendo ido da privação geral de todos os

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 165 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 45 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 211 e segg., e *Traité théorique et pratique*, tom. II; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 69 e segg.; TORRES CAMPOS, *ob. cit.*, pagg. 163 e segg.; CATELLANI, *Il diritto int. privato*, 2.<sup>a</sup> éd., I, Torino, 1895; FIORE, *Elementi di diritto international privato*, pag. 7, e *Le droit international privé*, tom I, pagg. 8 e segg.; NYE, *Le droit international*, tom. II, 1905, pagg. 214 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 139 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 138 e segg. JEAN THOMAS, *La condition des étrangers et le droit international*, na *R. D. I. P.*, 1897, pagg. 620 e segg.; ARTHUIS ET SURVILLE, *ob. cit.*, pagg. 141 e segg.; DIENA, *Diritto internazionale publico*, Napoli, 1908, pag. 242, Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 65 e segg.; etc.

direitos até á posse das faculdades juridicas indispensaveis para terem assegurado em todos os estados civilizados o exercicio da propria actividade e garantida a defesa da pessoa e da propriedade.

A progressiva concessão de direitos aos estrangeiros não produziu, porém, nem produzirá porventura a sua completa equiparação aos nacionaes, tornando-se porisso necessario fixar os limites que demarcam em cada estado a situação juridica dos subditos dos outros estados.

Em primeiro lugar, compreende-se que, tendo as necessidades da civilização determinado as relações privadas internacionais ou, como costuma dizer-se, o *commercio internacional* entre os individuos, ou ainda, a *sociedade internacional de ordem privada*, e sendo para proteger e garantir essas relações que appareceram as relações internacionais ou commercio internacional dos estados, ou melhor, a *sociedade internacional de ordem politica*, compreende-se que, para a primeira sociedade ser possivel e para a segunda cumprir a sua missão, era impreterivel que cada estado concedesse aos estrangeiros um *minimo* de direitos indispensaveis para elles praticarem com efficaz segurança o commercio internacional.

Mas, porque, apesar de coexistirem e cooperarem em comunidade internacional, os estados continuam autonomos e independentes e, não obstante os seus interesses communs, elles conservam interesses distinctos, compreende-se igualmente que o reconhecimento de direitos aos estrangeiros não possa ir até á sua absoluta equiparação aos nacionaes, já que tal equiparação poderia ser prejudicial tanto para o estado local, ao qual não convirá por certo que os estrangeiros tenham o exercicio dos direitos politicos, como para o estado de origem, ao qual importa que os seus subditos não sejam postos em condições de não poderem cumprir os seus deveres para com elle, e que, portanto, deverá haver tambem um limite *maximo* dentro do

qual cada estado deva conter-se na concessão de direitos aos estrangeiros.

26. O *limite minimo* dos direitos a conceder aos estrangeiros determina-se pelas necessidades do commercio internacional entre particulares e porisso nelle devem entrar todas aquellas faculdades que ao homem são indispensaveis para o livre exercicio da sua actividade em harmonia com o estado de civilização em que vive. Essas faculdades podem classificar-se em dois grupos, umas destinadas a constituir a personalidade e a condicionar as suas manifestações fundamentaes na esphera jurisdiccional dos estados estranhos — são os denominados *direitos publicos*, e que mais rigorosamente chamariamos *direitos de pessoa*, por virtude de representarem poderes constitutivos da personalidade como ella é garantida pelo direito internacional, e outros tendentes a habilitar os individuos a praticar os actos juridicos relativos ás relações de direito privado — são os *direitos privados*.

Os direitos publicos formam o subtractum de toda a vida juridica e são condição indeclinavel da segurança e garantia do individuo na sociedade internacional.

O primeiro desses direitos é o reconhecimento da *personalidade juridica* do estrangeiro. A capacidade juridica ou a susceptibilidade de direitos e obrigações é, com effeito, o ponto de partida de toda a vida juridica e, porisso, poderá cada estado limitá-la na pessoa dos estrangeiros, num ponto ou noutro, em face de razões de interesse ou ordem publica, mas não pode desconhecê-la, sem desconhecer as exigencias do commercio internacional. E assim acontece realmente. A capacidade juridica é reconhecida ao homem em todos os estados civilizados. E o direito de personalidade tem merecido aos povos cultos tanto respeito, que, não só supprimiram a escravatura, como instituição que flagrantemente a desconhecia, mas

desinvolveram uma larga acção humanitaria no sentido de reprimir o trafico de escravos entre os estados que ainda admittem o trabalho servil, para o que crearam, na conferencia de Bruxellas de 1889 e 1890 e pela convenção de 2 de julho deste anno, a União internacional para a repressão do trafico de escravos, obrigando-se a cumprir uma série de disposições tendentes a impedir o trafico no país de origem dos escravos, no seu transporte por mar ou por terra e nos logares de destino, e bem assim reconheceram alguns principios juridicos decididamente destinados a favorecer a libertação dos escravos dos países cujos sentimentos moraes ainda permittem a escravatura. Esses principios são os seguintes: a) recusa da extradicação dum criminoso, escravo segundo a lei do país que o reclama; b) conquista da liberdade pelo escravo que entra no territorio metropolitano ou colonial dum estado que não reconhece a escravatura; c) não reconhecimento da validade ou caracter obrigatorio dos tratados que directa ou indirectamente consagram ou facilitam o commercio de escravos <sup>1</sup>.

Com a capacidade juridica, devem ser attribuidas aos estrangeiros aquellas faculdades mediante as quaes a mesma capacidade pode tornar-se effectiva com segurança e efficacia pratica. Assim, — o direito de liberdade de comunicação internacional, isto é, de entrar em relações com os individuos das outras nações e de para isso utilizar os meios estabelecidos, como os correios, os telegraphos e os caminhos de ferro, para tornar possiveis ou facilitar as mesmas relações, — o direito de liberdade de entrada, de circulação e de residencia em país estrangeiro e de ahi ter domicilio, embora condicionado pela exigencia de passaportes e moderado pelo principio da *expulsão*, quando o exijam as conveniencias publicas, e subordinado ao principio

---

<sup>1</sup> DESPAGNET, *Droit international public*, pag. 427.

da *extradição*, quando o requeira o dever de assistência internacional na defesa contra o crime<sup>1</sup>, — o direito de liberdade

<sup>1</sup> Tem-se discutido se os estados poderão proibir absolutamente, em nome do seu direito de conservação, a *immigração* no seu territorio. Alguns internacionalistas classicos assim o têm intendido, partindo do principio da soberania territorial absoluta, segundo o qual os estados poderiam fechar as suas fronteiras á entrada dos estrangeiros. Comtudo, a afirmação progressiva do principio da comunidade internacional veio reduzir aos seus devidos termos semelhante exclusivismo, predominando hoje a doutrina de que os estados não podem proibir absolutamente a *immigração*, embora possam sujeitá-la a condições mais ou menos rigorosas, já para fazer uma certa selecção de *immigrantes*, já para desviar uma grande corrente *immigratoria* que pareça perturbadora para a economia ou para a tranquillidade nacional. É no mesmo sentido a pratica internacional. «Hoje, escreve STORCK, já não existe, na comunidade das nações, estado algum que auctorize sem restricções a *emigração* dos seus cidadãos ou que a prohiba absolutamente, como não existe estado algum que repilla inteiramente a *immigração* dos estrangeiros ou que a conceda sem restricções».

Deve notar-se que alguns estados têm prohibido a *immigração* dos subditos de certos países no seu territorio, por a considerarem um elemento de perturbação social ou economica. Assim o fizeram: os Estados Unidos relativamente á *immigração* de trabalhadores chineses por uma lei de 1 de outubro de 1888, que prohibia a *immigração* chinesa pelo periodo de 20 annos, e por uma nova lei de 5 de maio de 1892 que prorogou por dez annos as leis relativas á *immigração* e submetteu a uma regulamentação severa os chineses residentes no territorio americano, lei substituída, no que respeita aos *immigrantes* da China, por virtude de reclamações do governo chinês, pelo tratado de 14 de março de 1894, concluido pelo periodo de dez annos a contar da data das ratificações e com reconducção tacita de dez em dez annos, em que foi mantida a prohibição; assim o fizeram o Equador, que por decreto de 14 de setembro de 1889 prohibiu a *immigração* de chineses, a Costa Rica, que por lei de 20 de julho de 1896 prohibiu a *immigração* dos chineses ou dos individuos doutra raça que o poder executivo julgasse prejudicial aos progressos ou ao bem estar da Repu-

pessoal, de liberdade de pensamento e liberdade de consciencia e cultos, se bem que as leis territoriaes regulem o seu exercicio, — o direito de liberdade de trabalho<sup>1</sup>, commercio e

blica; e assim o fez ultimamente a Republica do Panamá, que por lei de 11 de março de 1904 declarou prohibida «a immigração dos chinezes, dos turcos e dos syrios no territorio da Republica» (art. 1.º).

Não ha, porém, estado algum civilizado que prohiba absolutamente a immigração de individuos de qualquer nacionalidade. E não só é em geral admittida a entrada de estrangeiros no territorio dos estados civilizados, mas é essa entrada ainda isenta quasi por toda a parte da exigencia de passaportes como meio de identificar a pessoa dos estrangeiros. Como exigencia normal, o passaporte parece actualmente obrigatorio apenas na Venezuela, na Turquia, e na Russia para entrar na Finlandia.

A isenção de passaportes não desobriga, porém, os estrangeiros, que desejem fixar-se no estado local, de legitimarem, em termos legaes e perante a auctoridade competente, a sua residencia, no interesse da propria segurança e da segurança do mesmo estado local.

Ainda o direito de livre estabelecimento dos estrangeiros é modificado pelo direito de *expulsão* e pelo direito de *extradição*. Pelo primeiro pode o estado local pôr na fronteira os estrangeiros que se tornem perigosos para a segurança publica, devendo, porém, os governos usar prudentemente deste direito, não o exercer senão por motivos graves, e communicar estes motivos ao agente diplomatico da nação a que pertençam os estrangeiros. Pelo segundo, que é exercido a respeito dos crimes mais graves que não sejam de caracter politico, entrega o estado local ao governo do seu país os criminosos que procuram a impunidade em país estrangeiro. É um direito fundado na justa cooperação dos estados na defesa contra o crime.

(RIVIER, *ob. cit.*, pag. 270; MESNAUD DE SAINT-PAUL, *De l'immigration étrangère en France*, 1902, pagg. 89 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, n.º 415; *R. D. I. P.*, 1894, pagg. 555 e segg., 1897, pag. 136, e 1904, pag. 565; *J. D. I. P.*, 1903, pag. 573, e 1904, pag. 75; PILET, *Principes*, pag. 187; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Sciencia economica* — Lições de 1903-1904, pagg. 515 e segg.).

<sup>1</sup> Dos direitos de residencia e de liberdade de trabalho deriva logicamente o direito á instrucção e a frequentar as escolas do país, pois o estado local não poderá certamente degradar os estrangeiros á ignorancia

industria, para o effeito de alcançar meios de subsistencia <sup>1</sup>, e — o direito de inviolabilidade da pessoa, dos bens e do domicilio, como garantia de segurança da integridade individual, são outras tantas condições de que depende a pratica de commercio internacional entre subditos de estados civilizados, e que porisso devem entrar no minimo dos direitos concedidos aos estrangeiros.

27. Com a capacidade juridica, a liberdade nas suas varias manifestações e a inviolabilidade, fica o estrangeiro habilitado dum modo geral a praticar o commercio internacional, possui, por assim dizer, a virtualidade necessaria para o exercicio da actividade juridica. Mas, para a realização effectiva dessa virtualidade, é ainda necessario garantir-lhe efficazmente o exercicio mesmo da actividade juridica nas relações com nacionaes ou com outros estrangeiros, isto é, attribuir-lhe *direitos civis* ou *direitos privados*, e, portanto, reconhecer-lhe a faculdade de constituir legitimamente a familia, de adquirir, fruir e transferir juridicamente propriedade e de fazer valer os seus direitos perante as justicas territoriaes. Pelos direitos civis concretizam-se as faculdades geraes contidas nos direitos publicos e

---

ou evitar que elles adquiram o minimo de instrucção necessario para conseguir trabalho no estadio actual da civilização. (BERTHÉLEMY, na *R. D. I. P.*, 1907, pag. 661).

<sup>1</sup> Se os estrangeiros não possuem nem podem adquirir meios de subsistencia, nem porisso poderá concluir-se que elles tenham *direito á assistencia* do estado local. O estado moderno não poderá certamente deixar de prestar a sua assistencia a um estrangeiro naufrago, alienado ou menor abandonado, mas não poderia igualmente ser obrigado a prestar em todos os casos socorros a indigentes de estados estranhos, pois que isso poderia ser contrario á capacidade dos seus recursos economicos e ás necessidades da assistencia aos indigentes do país. (BERTHÉLEMY, *ob. cit.*, pag. 658; WEISS, *ob. cit.*, pagg. 137 e segg.).

completa-se o limite minimo ds direitos que devem constituir a condição dos estrangeiros.

A necessidade de conceder direitos civis aos estrangeiros é sentida pelas legislações dos povos cultos, as quaes todas mais ou menos garantem aos estrangeiros a pratica das relações juridicas de ordem privada. O estudo comparativo dessas legislações mostra que ellas seguem tres systemas fundamentaes, que, segundo o grau crescente de liberalidade para com os estrangeiros, chamaremos systema das *incapacidades*, systema da *reciprocidade* e systema da *egualdade* entre nacionaes e estrangeiros.

O primeiro systema é caracterizado pela circumstancia de se negarem certos direitos aos estrangeiros e é hoje representado principalmente por alguns estados da Republica norte-americana, os quaes, inspirando-se ainda na *common law* inglesa, ou recusam aos estrangeiros o direito de se tornarem proprietarios de immoveis no territorio.do estado (Vermont, Alabama, Carolina do Norte e Missouri), ou subordinam a capacidade de se tornarem proprietarios quer a uma certa residencia no territorio da Republica (New-Hampshire, Kentucky, Illinois, Nevada, Virginia, Conneticut, California, Indiana, Texas e Tennesse), quer a uma declaração da intenção de se tornarem cidadãos (Arkansas, Delaware, Maryland, New-York, Carolina do Sul), ou não conferem aquella capacidade senão dentro de certos limites (Pensylvania)<sup>1</sup>. A Inglaterra, abandonando por uma lei de 1870 os principios da *common law*, que feria de incapacidade os estrangeiros quanto á propriedade de bens immobiliarios, approximou os estrangeiros dos nacionaes quanto

---

<sup>1</sup> Segundo as leis deste país, os estrangeiros só podem adquirir immoveis em valor inferior a 20:000 dollars e em extensão inferior a 50:000 acres.

ao gozo dos direitos civis. Isto, porém, só em tempo de paz, pois que, em tempo de guerra, os subditos do estado inimigo têm, em principio, os bens sujeitos a confisco, assim como lhes é retirada a faculdade de contratar durante o curso das hostilidades. Dos estados americanos apontados, approximam se alguns estados europeus que, embora reconheçam em principio a assimilação entre nacionaes e estrangeiros, limitam a capacidade destes quanto á adquisição de bens immoveis. É o que acontece na Noruega, onde essa adquisição precisa de ser auctorizada, e bem assim na Russia e na Rumania, que só a admittem nas cidades.

O systema da reciprocidade consiste em cada estado conceder aos subditos dos outros estados os mesmos direitos que estes concedem aos seus. Ainda pode offerecer duas variantes — a reciprocidade *diplomatica* e a reciprocidade *legislativa*, segundo o estado local exige, para conceder direitos civis aos estrangeiros, que os estados de origem façam egual concessão aos seus nacionaes ou por meio de *tratados* ou simplesmente em *disposições legislativas*. A reciprocidade diplomatica foi estabelecida pelo codigo francês para os estrangeiros não auctorizados a fixar o seu domicilio em França, lendo-se no art. 11.º desse codigo que «o estrangeiro gosará em França dos mesmos direitos que sejam ou venham a ser concedidos aos francêses pelos *tratados* da nação á qual o estrangeiro pertencer», e foi seguida depois pela Belgica, pelo Luxemburgo e pela Grecia, cujas leis adoptam o principio geral de que a situação de direito privado dos estrangeiros é reciproca á dos nacionaes fixada em convenções internacionaes. A reciprocidade legislativa é adoptada tambem por um pequeno numero de estados, a Austria, a Colombia, o Monaco, a Servia, a Suecia e a Suissa, onde os estrangeiros gosam dos direitos civis que o seu estado conceda aos nacionaes dalgum desses países.

O systema da egualdade entre nacionaes e estrangeiros,

quanto ao gozo dos direitos civis, que é o mais liberal, é também o seguido pelo maior numero de estados, como Portugal, Hespanha, Italia, Dinamarca, Allemanha, Russia, Hollanda, Noruega, Rumania, quasi todos os Estados da America Latina, e o Japão. Deve, porém, observar-se que em algum desses estados é ou pode ser linitada a capacidade dos estrangeiros em determinados casos. Assim, na Dinamarca são necessarios cinco annos de residencia para os estrangeiros poderem exercer um commercio ou uma industria, e na Allemanha e em San-Salvador pode ser decretado o direito de retorsão contra os estrangeiros, applicando o principio da reciprocidade e concedendo-lhes apenas os direitos que o seu estado conceder aos nacionaes do estado local <sup>1</sup>.

Dos tres systemas, é evidentemente o terceiro o que traduz melhor as tendencias da sociedade internacional. O primeiro representa um resto da situação precaria dos estrangeiros nas edades historicas em que os seus direitos eram desconhecidos e elles estavam á mercê do poder territorial. O segundo tem os graves inconvenientes de, na sua fórmula de reciprocidade diplomatica, tornar dependente a posse ou privação de direitos aos estrangeiros da persistencia ou denuncia dum tratado e de, na sua fórmula de reciprocidade diplomatica ou legislativa, conduzir o estado a medir a condição dos estrangeiros, não pelos seus proprios criterios, mas pela vontade dos outros estados, tornar differente a condição dos estrangeiros de diversa nacionalidade, o que se traduz na incerteza da sua situação juridica, e basear as relações internacionaes num regimen de desconfiança contrario á fixidez de principios em que deve assentar a communidade juridica dos estados. Porisso, o systema da reciprocidade deve ser considerado como simples

---

<sup>1</sup> WEISS, *Traité théorique et pratique*, tom. II, 2.<sup>a</sup> edição, pagg. 590 e 688.

principio de *transição* entre o systema das incapacidades e o systema da egualdade e como meio de conduzir os estados a reconhecer este ultimo systema. O terceiro firma a condição dos estrangeiros em principios de egualdade e de precisão, a egualdade que é um factor de *sympathia social* e um estímulo exemplar para os estados que ainda a não praticam, e a precisão que é um penhor da segurança juridica indispensavel nas relações privadas internacionaes. No systema das incapacidades, ha precisão, mas ha desigualdade, no da reciprocidade, pode haver egualdade, mas falta a precisão, para só no terceiro systema se conjugarem as qualidades que devem informar um bom regimen da condição dos estrangeiros. Não pode, porém, exigir-se que o estado leve o principio da egualdade até pôr em perigo o seu direito de conservação. Se, por exemplo, a excessiva aquisição de immoveis por estrangeiros puder prejudicar a integridade territorial do estado, será inteiramente justo que este condicione ou restrinja essa aquisição, prohibindo-a em certos logares, como as fronteiras, ou marcando-lhe certos limites, para evitar uma prejudicial *desnacionalização* do solo. Isto, porém, só na medida exigida pela propria conservação e não em nome dum uso arbitrario do direito de soberania.

28. Deverão ou poderão, porém, os estados proseguir successiva e indefinidamente na concessão de direitos aos estrangeiros até os confundir absolutamente com os seus nacionaes, ou haverá um *limite maximo*, assim como ha um limite minimo, para além do qual elles não são obrigados ou não poderão passar?

A sociedade internacional compõe-se de estados independentes, com instituições politicas distinctas, que importa salvaguardar, e com interesses proprios, que cumpre defender, e porisso não poderá ser exigivel ou mesmo permittida uma equiparação entre nacionaes e estrangeiros que possa prejudicar o

bom funcionamento das instituições politicas ou oppor-se aos legitimos interesses nacionaes. É assim que nenhum estado poderia ser obrigado a conceder aos estrangeiros *direitos politicos*, isto é, a faculdade de participar directa ou indirectamente no governo e administração do estado, já que a influencia de estrangeiros na governação publica pode ser perigosa para a liberdade nacional. Mas os direitos politicos ainda devem ser recusados aos estrangeiros em virtude do respeito devido ao estado a que elles pertencem. «Um estrangeiro investido numa função politica, diz PILLET, será levado pelas circumstancias á situação de ter de escolher entre os interesses do seu país de origem e os do seu país de adopção. Fiel a uns, traírá os outros, o que constitue uma situação embaraçosa que, sempre que possivel, se deve evitar». Com estas ideias concorda a pratica internacional, que recusa geralmente direitos politicos aos estrangeiros. E quando os estados queiram desviar-se desta regra, deverão fazê-lo por meio de tratados, — como o fizeram o Equador e o Salvador em tratado de 20 de março de 1890, em que foram concedidos aos cidadãos de cada um dos dois estados no territorio do outro todos os direitos politicos que a lei não reserve aos nacionaes, — para o effeito de não contrariar as legitimas conveniencias dos outros estados <sup>1</sup>.

Mas, além da limitação respeitante aos direitos politicos, outras ainda condicionam a liberdade de acção do estado para com os estrangeiros pelo respeito devido aos outros estados. Uma consiste no modo por que o estado deve reconhecer a

---

<sup>1</sup> Como estados que concedem direitos politicos aos estrangeiros, podemos apontar: a Argentina, onde os estrangeiros são admittidos á maior parte dos empregos civis e militares, e o principado de Monaco, onde podem exercêr as funções publicas, administrativas ou judiciaes, bem como ser advogados e officiaes publicos (WEISS, *ob. cit.*, pagg. 615 e 685; PILLET, *Droit international privé*, pag. 107).

personalidade jurídica do estrangeiro. Este deve ser considerado como *pessoa estrangeira*, respeitando-se a sua *nacionalidade* e não se lhe podendo impor a nacionalidade do estado local, pois, sendo principio corrente de direito internacional que o individuo pode mudar de nacionalidade, tambem o é egualmente que a nacionalidade se não impõe e, porisso, a naturalização deve ser sempre *voluntaria* e consentida por uma pessoa capaz, o que, se representa por um lado o respeito da liberdade individual, envolve por outro o respeito do laço que prende o individuo ao estado de origem ou cuja nacionalidade adoptou, e portanto o respeito das leis desse estado, sempre que as leis nacionaes sejam chamadas para regular as relações jurídicas.

E o reconhecimento do estrangeiro como *nacional* doutro estado conduz a uma nova limitação, qual é a do respeito das obrigações de que o mesmo estrangeiro é devedor ao seu país na sua qualidade de cidadão. O estado local não pode identificar o estrangeiro com os nacionaes até ao ponto de desconhecer aquellas obrigações, devendo pelo contrario *facilitar*, se não *cooperar* com o estado de *origem* no exercicio da sua auctoridade sobre os seus nacionaes. E assim o praticam, effectivamente, os estados nas suas relações, ora, e principalmente, sob uma *fôrma negativa*, como acontece com a interdicção aos estrangeiros do serviço militar, para os não impossibilitar do cumprimento dum dos seus deveres para com o seu estado, bem como com o reconhecimento universal dos consulados, pelos quaes os estados exercem auctoridade sobre os seus nacionaes; ora mesmo sob uma *fôrma positiva*, como já se dá com a extradicação, que, pela multiplicidade dos tratadas que a estabelecem, tende a constituir um principio geral de direito internacional, e, pelo seu destino, que consiste, em geral, em entregar um estrangeiro criminoso ao governo que o persegue ou deseja submittê-lo ao cumprimento duma pena, representa a *cooperação* dos estados na defesa contra o crime.

Por fim, é ainda pelo respeito devido á soberania dos estados estranhos que se explica a tendencia dalguns escriptores e tribunaes para considerarem nullos os actos que *por fraude* e para evitar as exigencias consideradas excessivas das leis nacionaes os subditos de qualquer país vão praticar ao estrangeiro. É que parece justo que a protecção a estrangeiros não vá até os habilitar a illudir fraudulentamente as suas leis nacionaes.

É, pois, legitimo concluir que a acção do estado relativamente a estrangeiros anda circunscrita entre um minimo de direitos que *devem* ser-lhes attribuidos para tornar possivel a pratica do commercio internacional entre particulares e um maximo dos direitos que *podem* ser-lhes reconhecidos sem prejuizo da soberania local e das soberanias estranhas, e onde portanto deve parar a identificação entre peregrinos e nacionaes. É a doutrina de JEAN THOMAS e de PILLET, que procuramos resumir como traduzindo a verdadeira interpretação dos factos da ordem internacional.

29. Com a concessão de direitos aos estrangeiros num *minimo* sufficiente para tornar possivel e efficaz a pratica do commercio internacional de character privado, minimo constituido pelos direitos de pessoa e pelos direitos privados por que se reconhece a personalidade nas suas manifestações e na sua concretização, cumprem os estados civilizados o preceito de direito internacional que os obriga ao *reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros* e assim revelam o principio que acima apontamos como informando o regimen juridico internacional da condição dos estrangeiros <sup>1</sup>.

Segundo este principio, o estrangeiro é considerado como

---

<sup>1</sup> *Supra*, pag. 27,

uma pessoa, dahi resulta que o individuo nos apparece na communitade internacional como um sujeito de direitos e obrigações, pelo que importa determinar qual o verdadeiro character da situação juridica dos individuos perante o direito internacional.

Alguns escriptores, como DE MARTENS<sup>1</sup> e Fiore<sup>2</sup>, consideram o individuo como um verdadeiro sujeito do direito internacional, sendo por este direito immediatamente estabelecidos os seus direitos e as suas obrigações dentro da communitade internacional.

Outros, porém, e são o maior numero<sup>3</sup>, consideram o direito internacional como um complexo de normas juridicas destinadas a regular as relações entre os estados, não lhe cabendo a função de regular relações entre os individuos de differente nacionalidade ou entre os individuos e os estados estrangeiros, e porisso, para os mesmos escriptores, o individuo é *objecto* e não *sujeito* do direito internacional.

E este ultimo parece o conceito mais exacto. O direito internacional appareceu para regular as relações mutuas dos estados e não para regular as relações entre os individuos, embora os individuos fossem o motivo das relações entre os mesmos estados.

Os individuos agrupam-se em estados e estes são naturalmente os seus representantes perante os outros estados. Quando, porisso, a evolução juridica creou, acima do direito do estado, uma ordem juridica nova que viesse disciplinar as relações

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pagg. 425 e segg.

<sup>2</sup> *Trattato di diritto internazionale pubblico*, tom. I, pag. 436.

<sup>3</sup> ANZILOTTI, *L'azione individuale contraria al diritto internazionale*, na *Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata*, vol. v, pagg. 8 e segg., e *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, pagg. 22 e segg., MARGHINOTUI, *ob. cit.*, pagg. 182 e segg.

que a civilização determinara entre as communidades politicas, essa nova ordem juridica devia amoldar-se ao aspecto que offerecia a humanidade como um organismo de estados, regulando as relações entre estes, como a ordem juridica nacional regulara as relações entre os individuos ou entre estes e o estado de que são cidadãos. O conceito predominante ácerca da situação do individuo perante o direito internacional afigura-se assim conforme á marcha da evolução juridica.

Mas, embora o individuo seja objecto e não sujeito do direito internacional, é sempre considerado como pessoa, e portanto como sujeito de direitos e obrigações e os preceitos juridicos que regulam as relações dos estados respeitantes aos seus nacionaes moldam-se sempre no principio do reconhecimento da sua personalidade juridica. E assim é que os estrangeiros podem dirigir-se aos tribunaes do estado em que se encontrem para que lhes sejam garantidos os direitos que, em harmonia com o direito internacional, as leis desse estado lhes devem reconhecer, e os tribunaes só poderão deixar de attendê-los se a *lex fori* dispuser contrariamente ao direito internacional, pois, em tal caso, os tribunaes devem applicar o direito interno, embora a sua applicação represente uma violação do direito internacional e envolva a responsabilidade do estado, já que o tribunal é órgão do estado, está directamente sujeito ao direito interno e, porisso, na divergencia entre este e o direito internacional, deve applicar o mesmo direito interno <sup>1</sup>.

Se, porém, as leis internas, em vez de contrarias ao direito internacional, forem omissas, não tendo ainda regulado convenientemente a situação dos estrangeiros segundo as exigencias do direito internacional, podem e devem os tribunaes applicar o direito internacional, pois são órgãos do estado e porisso lhes

<sup>1</sup> Supra, pag. 73 nota 1

cabe dar cumprimento aos preceitos accites pela vontade do mesmo estado, emquanto este não revele numa lei uma vontade contraria. Em tal hypothese, o direito internacional como que se integra tacitamente no systema do direito interno <sup>1</sup>.

Uma revelação clara desta doutrina de que os individuos podem pedir aos tribunaes o reconhecimento de direitos que derivam do direito internacional mesmo antes desses direitos serem formalmente consagrados pelo direito interno, encontra-se na convenção da Haya de 18 de outubro de 1907 que creou o tribunal internacional das presas, onde se estabelece que os *particulares* ou dos estados neutros ou do estado inimigo podem recorrer dos tribunaes internos de presas para o tribunal internacional, se a decisão fôr contraria ao direito internacional, sem que a interposição do recurso fique dependente de as disposições da convenção serem sancionadas por disposição do direito interno, quer do estado de que o individuo é nacional, quer daquelle a que pertence o tribunal recorrido.

Portanto, se bem que o individuo não seja considerado sujeito, mas objecto do direito internacional, comtudo, porque o estrangeiro deve ser reconhecido como pessoa, porque o direito internacional muitas vezes regula as relações dos estados no que respeita aos direitos dos individuos, e porque o estado só pelos seus órgãos, e portanto pelos tribunaes, pode cumprir os deveres internacionaes, podem os estrangeiros pedir aos tribunaes locaes a garantia tanto dos direitos reconhecidos expressamente pelas leis locaes como daquelles cujo reconhecimento é exigido pelo direito internacional, embora o direito interno os não tenha ainda consagrado, com a limitação apenas de as leis internas terem disposto em contrario do direito internacional.

---

<sup>1</sup> DIENA, *oh. cit.*, pagg. 243 e nota 2.

30. A condição dos estrangeiros nos estados de civilização não europeia que não participam integralmente da communi-  
dade internacional, participação que hoje apenas é concedida  
ao Japão, é regulada por principios muito differentes dos ap-  
plicados nos estados christãos e hoje no Japão. Nos estados  
que participam integralmente da communiidade internacional,  
o principio fundamental informador dessa condição é a assimi-  
lação entre nacionaes e estrangeiros num grau *indispensavel*  
á pratica do commercio internacional de ordem privada, ao  
passo que, nos estados que estão fóra daquela communiidade,  
o principio geral é a *separação* entre indigenas e estrangeiros  
no sentido de estes conservarem uma situação juridica seme-  
lhante á que teriam no seu país, de conservarem os mesmos  
direitos que ahi poderiam exercer, de estarem sujeitos ás leis  
e auctoridades nacionaes, e de gosarem dum privilegio de *ex-  
territorialidade* pela applicação do principio da personalidade  
das leis e das jurisdicções, de modo que a sua situação seja  
privilegiada em face dos nacionaes do estado local. Nestes  
termos, escreve PAGÉS, referindo-se aos estados ottomanos,  
«os estrangeiros não pedem que os tratem de modo igual aos  
indigenas; pelo contrario, pedem a isenção do arbitrio duma  
auctoridade sem limites, a conservação das suas leis e das  
suas jurisdicções, e o reconhecimento duma situação excepcional  
e privilegiada em relação aos subditos do sultão»<sup>1</sup>.

Esta situação privilegiada dos estrangeiros nos estados de  
civilização não europeia é regulada e garantida pelo *regimen*  
*das capitulações*, que serve o duplo destino de assegurar aos  
immigrados dos estados christãos o goso de direitos reconhe-  
cidos pela sua propria legislação, como a liberdade pessoal e  
com ella a liberdade de estabelecimento e de circulação, a

<sup>1</sup> Citado por WEISS, *ob. cit.*, pag. 554.

liberdade religiosa, a liberdade de commercio, e a inviolabilidade do domicilio, e de os isentar da acção das leis e jurisdicções locais, para tornar applicáveis as leis nacionaes e dar competencia ás jurisdicções do seu país. O regimen das capitulações é assim um regimen juridico de *concessão* aos estrangeiros dos *direitos de pessoa* sufficientes para a garantia da personalidade individual e de *reconhecimento* da personalidade das leis e das jurisdicções na medida necessaria para a pratica das relações de direito privado e para a administração da justiça civil ou criminal. É aos agentes diplomaticos e aos consules que está confiada a defesa das regalias dos estrangeiros consignadas nas capitulações e são os tribunaes consulares que em geral administram justiça aos estrangeiros, embora em alguns casos com restricções em favor das justiças locais e em alguns países em concorrência com jurisdicções mixtas, como teremos occasião de ver <sup>1</sup>.

31. Segundo dissemos acima, a nacionalidade, como elemento de differenciação entre nacionaes e estrangeiros, tinha, entre outras, a vantagem de habilitar a conhecer a situação dos individuos quanto á determinação dos seus direitos, sendo differente, como é, a condição dos nacionaes da dos estrangeiros e podendo até ser diversa a situação dos estrangeiros de differente nacionalidade, o que acontecerá, por exemplo, no caso de se admittir o principio da reciprocidade na concessão dos direitos civis ou de, em tratados, se concederem aos nacionaes de certo estado direitos de que não goza a generalidade dos estrangeiros. Sendo assim, a falta da nacionalidade ou a accumulção de duas nacionalidades determinam a necessidade de determinar qual a condição 1.<sup>o</sup>) dos indivi-

---

<sup>1</sup> RAUBAS, *Le régime des capitulations*, tom. I, pagg. 2 e 133 e segg.

duos sem patria, e 2.º) daquelles que tenham mais que uma patria.

1.º) Os *heimathlosen*, rigorosamente, não são nacionaes nem estrangeiros e porisso podia parecer que nem lhes pertencem os direitos duns nem os dos outros e que porisso estão inteiramente privados de garantias juridicas. Comtudo, a sua qualidade de homens é sufficiente para lhes assegurar uma situação juridica no estado em que se encontrem e por isso se lhes conferem os direitos publicos e privados reconhecidos pelas leis desse estado, garantindo-se-lhes assim o respeito e o desinvolvimento da sua personalidade e attribuindo-se-lhes a nacionalidade de facto do estado local quanto ao goso e exercicio dos mesmos direitos.

Todavia, como deixamos dicto, o individuo só deverá considerar-se em geral *heimathlos* quando nunca tenha tido nacionalidade ou quando esta não possa determinar-se, pois, na hypothese de já ter tido uma nacionalidade que perdeu, deve considerar-se como cidadão do estado a que já pertenceu, para se lhe reconhecerem direitos eguaes aos dos nacionaes desse estado. Isto, bem entendido, fóra de tal estado, pois lá obsta a semelhante solução o character de ordem publica das leis attributivas da nacionalidade.

2.º) A hypothese duma dupla nacionalidade deve ser considerada  $\alpha$ ) sob o ponto de vista dos direitos e deveres do cidadão qua-tal,  $\beta$ ) e sob o ponto de vista dos direitos privados.

$\alpha$ ) O primeiro ponto de vista interessa simplesmente aos estados de que o individuo seja cumulativamente cidadão. Em cada um desses estados terá elle o goso dos direitos de cidadão e supportará os encargos cõrrespondentes, como o serviço militar. Mas, porque não pode desempenhar-se cumulativamente desses encargos, a sua condição dependerá então do país em que se encontrar. Terá assim os direitos e deveres de nacional de cada um dos estados, o que fará pesar sobre elle

a responsabilidade do não cumprimento dos seus deveres de cidadão dum ou doutro estado, e o collocará numa situação irreductivel e contraria á regularidade das relações internacionaes. É uma situação incompreensivel que põe em evidencia a necessidade da unidade de nacionalidade como condição de regularidade das relações internacionaes e que os estados deveriam evitar pela aproximação das suas legislações sobre a attribuição da nacionalidade.

β) O segundo aspecto interessa a todos os estados, mas nem em todos a situação será igual.

Em qualquer dos estados de que o individuo seja nacional, terá naturalmente os direitos privados attribuidos a todos os cidadãos e estará sujeito ás leis geraes que regulam as relações jurídicas dos mesmos cidadãos. Porque as regras que em cada estado determinam os modos de adquirir a qualidade de cidadão são preceitos de ordem publica, o individuo que segundo essas regras deva considerar-se cidadão como tal será tido pelos tribunaes para a determinação dos seus direitos.

Em qualquer outro estado, terá os direitos pertencentes aos estrangeiros subditos do estado de que os tribunaes locais devam considerá-lo nacional, e a nacionalidade deverá fixar-se em harmonia com os principios acima estabelecidos.

32. Como estado de civilização europeia, reconhece Portugal aos estrangeiros uma situação juridica semelhante á que lhes é assegurada em todos os estados dominados pelos principios geraes daquela civilização. Tambem no nosso país se verifica a lei do *a*) minimo e do *b*) maximo de direitos que devem ou podem conceder-se aos estrangeiros, a fim de os habilitar para a pratica do commercio internacional, sem prejuizo da propria soberania ou das soberanias estranhas.

*a*) O minimo de direitos indispensavel ao exercicio da sua actividade é assegurado aos estrangeiros pela concessão de  $\alpha$ )

direitos publicos ou direitos de pessoa e de  $\beta$ ) direitos privados em medida sufficiente para lhes garantir a expansão da sua individualidade.

$\alpha$ ) Aos estrangeiros é reconhecida em primeiro logar a capacidade de direitos e obrigações, e portanto a condição fundamental de toda a vida juridica. É o que resulta immediatamente do art. 1.º do codigo civil, que torna a capacidade juridica inherente á qualidade de homem.

Mas, com a capacidade juridica reconhece o direito portugês aos estrangeiros as faculdades que condicionam e garantem as afirmações da personalidade, como são:

1.º) O direito de comunicação internacional, o que se revela claramente no facto de Portugal entrar nas uniões postal<sup>1</sup> e telegraphica<sup>2</sup>, que asseguram a correspondência entre os individuos das diversas nações, e na união para a publicação das tarifas aduaneiras<sup>3</sup>, que é um meio de facilitar as relações commerciaes.

2.º) O direito de entrada e residencia no país, como bem expressamente se estabelece no regulamento geral de policia de 7 de abril de 1873, no decreto de 17 de julho de 1871, na lei de 23 de abril de 1896, art. 1.º, § unico, e na lei de 25 de abril de 1907, para o continente do reino, e no decreto de 4 de julho de 1906, para as provincias ultramarinas.

Segundo estes diplomas, são os estrangeiros livremente admittidos no reino sem que á sua entrada lhes possa ser exigido passaporte ou qualquer outro documento ou declaração tendente a legitimar a sua admissão ou a comprovar a sua identidade, embora o governo possa, quando o bem do estado o im-

---

<sup>1</sup> Carta regia de 7 de setembro de 1907.

<sup>2</sup> Carta regia de 12 de outubro de 1875.

<sup>3</sup> Crrta de lei de 3 de agosto de 1891.

ponha, decretar temporariamente a exigencia de passaportes e as providencias que julgar convenientes para fiscalizar a entrada de todos os estrangeiros no reino tanto por mar como por terra, e embora taes estrangeiros devam apresentar se á auctoridade administrativa competente no prazo de quarenta e oito horas, ou de tres dias nas provincias ultramarinas, quer para legitimar a sua residencia, quando a sua demora seja indeterminada ou superior a oito dias no continente do reino e a vinte dias no ultramar, quer para declarar o tempo por que se demoram e, no ultramar, o logar da demora, quando esta seja inferior áquelles prazos.

Todos os estrangeiros podem assim entrar no reino e estabelecer nelle o seu domicilio. Todavia, para se domiciliarem, bem como para se demorarem ou mais de oito dias no continente do reino ou mais de vinte nas provincias ultramarinas, devem os estrangeiros legitimar a sua residencia. A legitimação de residencia faz-se apresentando certificado de nacionalidade passado pela respectiva auctoridade diplomatica ou consular, no qual será exarado o titulo de residencia. Na impossibilidade da apresentação do certificado de nacionalidade, será o titulo de residencia passado no passaporte ou, na falta de passaporte, em documento especial, abonatorio ou justificativo da residencia. No continente do reino, o titulo de residencia não pode ser passado por mais dum anno, mas o passado para o quinto anno considera-se como titulo de residencia permanente. Nas provincias ultramarinas, o titulo de residencia tem o caracter de permanencia.

O direito de residencia ou de transito é, porém, modificado pelo *direito de expulsão* e pelo principio da *extradição*.

Os estrangeiros cuja presença se torne perigosa para a ordem publica ou para a segurança do estado podem ser expulsos por uma simples medida administrativa e sem a necessidade de contra elles ser proferida uma condemnação. É um principio

geralmente admittido e praticado pelos estados civilizados, embora não seja nem deva ser exercido arbitrariamente, o que poderia determinar legítimas reclamações diplomaticas <sup>1</sup>. Os estrangeiros, que se refugiem no territorio do estado para se furtarem á perseguição ou á condemnação penal contra elles movida ou proferida por virtude de crimes commettidos em país estranho, podem ser entregues ao governo interessado, quando a sua *extradição* seja raclamada pelas vias diplomaticas e o governo portugûes se tenha obrigado por meio de tratados a entregar os reus de taes crimes, ou quando intenda, mesmo sem tratados, que os deveres de solidariedade internacional exigem a entrega de taes criminosos. A extradição é estabelecida nos tratados ou concedida sem tratados nas hypotheses dos crimes communs mais graves, sendo em regra isentos, além dos crimes de pequena gravidade, os delictos politicos.

3.º) O direito de liberdade pessoal, indicado no art. 359.º do codigo civil, que o considera um direito civil e, porisso, applicavel aos estrangeiros, por força do art. 26.º do mesmo codigo, que equipara os estrangeiros aos nacionaes relativamente ao goso de direitos civis.

4.º) O direito de liberdade religiosa, já que o art. 6.º da Carta permite aos estrangeiros a pratica da sua religião, embora em culto domestico e sem qualquer exteriorização.

5.º) O direito de expressão do pensamento pela imprensa, concedido pelo codigo civil (art. 570.º) tanto a nacionaes como

---

<sup>1</sup> Decreto de 4 de julho de 1906, art. 7.º. Podem ainda os estrangeiros ser expulsos do reino por virtude da condemnação por certos crimes, como no caso de vadiagem ou no caso de o estrangeiro, sem auctorização do governo portugûes, recrutar ou fazer recrutar, assalariar ou fazer assalariar gente para serviço militar ou maritimo estrangeiro, ou procurar armas ou embarcações ou munições para o mesmo fim. (Codigo penal, artt. 156.º, § unico, e 259.º).

a estrangeiros, e regulado pela lei de 11 de abril de 1907, que declara licito para *todos* manifestar livremente os seus pensamentos por aquelle meio de publicidade (art. 1.º).

6.º) O direito de liberdade de trabalho, commercio e industria, assegurando-lhes a propriedade dos productos dessas fórmulas de actividade (cod. civ., artt. 567.º e 569.º; cod. com., art. 7.º) <sup>1</sup>.

7.º) Os chamados *direitos originarios*, que, segundo o art. 359.º do código civil, são, além da liberdade, os direitos de existencia, de associação <sup>2</sup>, de apropriação e de defesa, e constituem condições de garantia da personalidade.

---

<sup>1</sup> Como consequencia do direito de liberdade de trabalho, poderão os estrangeiros exercer em Portugal aquellas profissões que não tenham o caracter exclusivo de função publica, desde que estejam nas condições exigidas pela lei para o exercicio dessas profissões.

<sup>2</sup> No exercicio do direito de associação, que o código civil (art. 365.º) considera como a faculdade de pôr em communs os meios ou esforços individuaes para qualquer fim que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade, podem os estrangeiros constituir sociedades civis e commerciaes nos mesmos termos em que o podem fazer os cidadãos portuguezes, salvas apenas as restricções que sejam expressamente estabelecidas na lei, assim como poderão constituir associações com qualquer fim conforme ás leis do reino nos termos da lei de 14 de fevereiro de 1907, feita excepção sómente para as associações de fins politicos, pois, não sendo reconhecidos aos estrangeiros os direitos politicos, tambem lhes não deve ser permittido constituir associações que supponham o exercicio desses direitos.

É certo que o art. 1.º da citada lei de 1907, que começa— «Todos os cidadãos no gozo dos seus direitos civis...», parece excluir os estrangeiros da faculdade de constituir associações nos termos por ella estabelecidos. Comtudo, porque as leis por vezes empregam a palavra *cidadãos* como synonymo de *individuos*, como se vê dos artt. 43.º, 44.º, 45.º e 46.º do código civil, que estabelecem regras a respeito do domicilio certamente applicaveis tanto a nacionaes como a estrangeiros, e principalmente porque a lei torna semelhante faculdade dependente do gozo de

8.º) O direito de inviolabilidade pessoal, de inviolabilidade do domicilio e de inviolabilidade da propriedade, pois, se se concedem aos estrangeiros os direitos de existencia, de residencia e de propriedade, é evidentemente tambem em sua defesa que o codigo penal pune os attentados á pessoa, as violações do domicilio e as lesões da propriedade.

O direito portuguez reconhece, em summa, aos estrangeiros capacidade juridica sufficiente para a pratica de todos os actos que pode exigir a vida dum homem civilizado.

---

direitos civis, e quanto a estes direitos são os estrangeiros equiparados aos portuguezes pelo art. 26.º do codigo civil, afigura-se-nos que a faculdade de associação concedida por aquella lei aproveita tanto a nacionaes como a estrangeiros, exceptuando-se para estes, como fica dicto, as associações de fins politicos.

É de notar, porém, que algumas leis, que regulam certas formas especiaes de associações, estabelecem differenças entre nacionaes e estrangeiros quanto á direcção das mesmas associações. Assim: o decreto sobre *associações de classe* de 9 de maio de 1891 determina (art. 7.º, § unico) que só podem fazer parte dos corpos gerentes de taes associações os subditos portuguezes no goso dos seus direitos civis; a lei sobre *syndicatos agricolas* de 3 de abril de 1896 dispõe (art. 2.º, § unico) que as direcções dos syndicatos serão sempre compostas de socios que sejam em maioria cidadãos portuguezes; o decreto sobre *associações religiosas* de 18 de abril de 1901 estabelece (art. 11.º, § 1.º, alinea f), como uma das condições para semelhantes associações poderem constituir-se e funcionar no país, que a sua direcção superior seja formada de cidadãos portuguezes, a não ser que a associação seja constituída apenas por estrangeiros; o decreto sobre *associações de classe no ultramar* de 10 de outubro de 1901 exige (art. 7.º, § unico) que na constituição dos corpos gerentes ou da mesa das associações entrem, pelo menos, dois terços de subditos portuguezes no goso dos seus direitos civis; e o decreto de 15 de fevereiro de 1908 determina que a maioria dos cargos de directores e os de presidentes da direcção e da assembleia geral da camara de commercio de Lourenço Marques sejam desempenhados por subditos portuguezes no goso dos seus direitos.

β) A capacidade juridica geral dos estrangeiros completa-se com a sua admissão ao gozo dos direitos privados numa proporção egual á reconhecida pelos estados mais liberaes para com os subditos das outras nações.

Já ao determinar e caracterizar os systemas seguidos pelas legislações dos povos cultos quanto á situação dos estrangeiros sob o aspecto do direito privado, dissemos que era Portugal um daquelles estados que seguiam o systema da *egualdade*. Diremos agora quaes os artigos de lei em que se funda aquella afirmação e procuraremos determinar o seu verdadeiro alcance.

Os principios fundamentaes sobre a materia encontram-se nos artt. 17.º e 26.º do codigo civil e no art. 7.º do codigo commercial. No art. 17.º do codigo civil dissera o legislador que só os portuguezes gosariam plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura. Todavia, logo no art. 26.º declarou que os *estrangeiros* que viajam ou residem em Portugal *têm os mesmos direitos e obrigações dos portuguezes*, excepto se a lei expressamente determinar o contrario, ou se existir tratado ou convenção especial que determine e regule doutra fórma os seus direitos. Apesar, pois, da disposição do art. 17.º, estabeleceu-se como regra o principio da *egualdade* entre nacionaes e estrangeiros, principio apenas limitado pelas restricções formuladas em leis ou tratados. E, deixando os tratados, onde os estados se collocam em regra num plano de *egualdade*, dentro do codigo civil, que é a *lei fundamental* dos direitos privados, apenas se encontra uma restricção formal, constante dos artt. 1966.º e 2492.º, que tornam os estrangeiros incapazes de ser *testemunhas instrumentarias*, e se dá um desvio para o systema da reciprocidade no art. 578.º, que é referente á propriedade litteraria e equipara os escriptores estrangeiros aos auctores portuguezes sómente no caso de, no seu país, o auctor portuguez ser equiparado aos nacionaes.

Semelhantes restricções são de valor relativamente deminuto e, porisso, não prejudicam a affirmação geral de que a lei civil portugêsa é informada pelo principio da egualdade entre nacionaes e estrangeiros.

O mesmo principio de egualdade foi mantido pelo codigo commercial que, no art. 7.º, diz que «toda a pessoa, *nacional* ou *estrangeira*, que for civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar actos de commercio em qualquer parte destes reinos e seus dominios e nos termos e salvas as excepções do presente codigo». A disposição do codigo commercial era, de resto, uma consequencia logica da doutrina do art. 567.º do codigo civil, que tornou licito a *todos* applicar o seu trabalho e industria á *producção*, á *transformação* e ao *commercio* de quaesquer objectos, abrangendo a expressão *todos* tambem os estrangeiros, por força do art. 26.º do mesmo codigo.

Deve, porém, dizer-se que, ao lado do systema da egualdade, que é o systema fundamental do nosso direito, apparecem ainda revelações dos systemas das incapacidades e da reciprocidade legislativa.

O systema das incapacidades apparece, além dos artt. 1966.º e 2492.º do codigo civil, no art. 4.º do *Acto de navegação* de 8 de julho de 1863, que reconhece sómente aos portugêses, originarios ou naturalizados, o direito de serem proprietarios de navios portugêses.

O systema da reciprocidade revela-se no já citado art. 578.º do codigo civil, e na lei de 21 de maio de 1896 sobre propriedade commercial e industrial. Esta lei, effectivamente, dispõe no seu art. 76.º, § unico, que as marcas industriaes e commerciaes dos estrangeiros residentes fóra de Portugal serão registadas nas mesmas condições que as dos portugêses, se as convenções diplomaticas ou a legislação interna do país a que pertencerem ou em que tiverem estabelecimentos indus-

trias estabelecerem a reciprocidade para os subditos portuguezes. Nem este facto deixa de ter precedentes no velho direito. Antes do codigo civil, era doutrina corrente que os estrangeiros legalmente domiciliados gosavam dos mesmos direitos civis que os portuguezes, seguindo-se, porém, em relação aos não domiciliados, o principio da reciprocidade legislativa. Isto em materia de direito civil, pois que em direito commercial vigorava e continuou vigorando, como regra geral, até á promulgação do codigo actual, o mesmo principio de reciprocidade estabelecido pelo art. 32.<sup>o</sup> do codigo de FERREIRA BORGES, sendo até da applicação desse artigo ao direito civil que resultou a doutrina da reciprocidade para os estrangeiros não domiciliados quanto ao gozo de direitos civis <sup>1</sup>.

Esta indicação dos precedentes do principio da reciprocidade no nosso país tem a dupla vantagem de explicar o apparecimento de vestigios desse principio na legislação vigente e de mostrar que nos afastamos cada vez mais do mesmo principio para o principio da egualdade e que a reciprocidade é, como já dissemos, um principio de transição, que a mutualidade de vantagens explica, mas que os actuaes sentimentos de justiça tendem a eliminar.

Assente que os estrangeiros gosam em Portugal, dum modo geral, dos mesmos direitos privados que os portuguezes, apparece uma dupla questão, que importa considerar, para bem definir a situação juridica dos estrangeiros.

A primeira face da questão consiste em saber se os estrangeiros poderão gosar em Portugal ainda daquelles direitos que a lei portugueza concede aos nacionaes, mas que a sua lei nacional lhes não reconhece, isto é, se, para um estrangeiro gosar em Portugal dum determinado direito civil, se torna

---

<sup>1</sup> COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, § 203, n.<sup>o</sup> 4; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pag. 168.

necessario que esse direito lhe seja tambem concedido pela sua lei nacional. É o que pode discutir-se, por exemplo, relativamente á perfilhação e á legitimação, que, reconhecidas pelo nosso direito, são prohibidas por algumas legislações estrangeiras. A questão é melindrosa, pois deriva da divergencia de legislação quanto á determinação dos direitos do individuo, e porisso a solução deve ser orientada pelo principio do maximo respeito mutuo das soberanias, parecendo-nos justa a doutrina seguida por WEISS<sup>2</sup> e PILLET<sup>3</sup>, os quaes intendem que ao estrangeiro só podem e devem conceder-se direitos não reconhecidos pela sua lei nacional quando os effeitos da concessão se limitem ao territorio do estado local (PILLET), o que não aconteceria, por exemplo, com o direito de perfilhação, cujos effeitos podem reflectir-se fóra desse territorio, ou quando a concessão seja exigida pelo principio de ordem politica (WEISS e PILLET), como se a privação do estrangeiro dum determinado direito (o direito de liberdade, por exemplo) o colloca numa inferioridade repugnante aos sentimentos geraes do estado local. Esta doutrina concilia, até onde a conciliação é possivel, o respeito da lei estrangeira com o respeito da lei nacional.

No seu segundo aspecto, versa a questão sobre determinar se um estrangeiro poderá tornar effectivo em Portugal um direito que lhe conceda a sua lei nacional, mas que a lei portugueza não reconheça aos portuguezes, como acontece com o divorcio. A solução deverá ser negativa sempre que uma razão superior de interesse e ordem publica constitua o motivo da prohibição legal. É o que se dá com o divorcio. Se a lei intende que elle é contrario á ordem publica, não pode ser permittido aos estrangeiros intentar perante os tribunaes portuguezes

---

<sup>2</sup> *Traité théorie et pratique*, etc., tom. II, 2.<sup>a</sup> edição, pag. 212.

<sup>3</sup> *Ob. cit.* pag. 220.

uma acção de dissolução do casamento. O respeito pelas leis estrangeiras tem de ceder ás exigencias dos interesses vitais do estado local.

b) O limite maximo na concessão de direitos aos estrangeiros tambem transparece claramente das leis portuguezas. Em primeiro lugar, os estrangeiros não gosam em Portugal de direitos politicos, não podendo eleger nem ser eleitos para o exercicio de cargos politicos ou administrativos, nem podendo ser nomeados para os empregos publicos; depois, é-lhes reconhecida a personalidade juridica, mas são considerados como pessoas estrangeiras, o que se mostra claramente dos artt. 27.º do codigo civil e 12.º do codigo commercial, que mandam regular o estado e a capacidade dos estrangeiros pela sua lei nacional; demais o direito portuguez reconhece a ligação dos estrangeiros com o seu estado de origem, não os obrigando ao serviço militar<sup>1</sup>, recebendo consules que sobre elles exerçam auctoridade, e concluindo tratados de extradição para entregar ás auctoridades do seu país os delinquentes que pretendam furtar-se á perseguição criminal ou ao cumprimento das penas<sup>2</sup>. E, fazendo assim, procura certamente o nosso direito orientar-se pelo principio da coordenação da soberania nacional com a soberania dos outros estados.

**33.** A emigração do país a que o individuo pertence não lhe faz perder a nacionalidade antiga, nem a immigração num outro país determina a aquisição duma nacionalidade nova. A não ser que intervenha um acto voluntario de naturalização, conservam os immigrados a sua nacionalidade e por ella um vinculo de direito com o estado de origem.

---

<sup>1</sup> Regulamento dos serviços do recrutamento do exercito e da armada, artt. 36.º, n.º 7.º, e 42.º, n.º 8.º

<sup>2</sup> Vide *Synopse de tratados*, pag. 108.

Desta ligação entre os estados e os seus subditos expatriados derivou para o estado o *direito de proteger* os nacionaes residentes em país estrangeiro.

A protecção reveste duas fórmas geraes: a) Uma vez é exercida para o effeito de definir e regular a situação dos nacionaes que se encontrem em país estrangeiro, bem como para facilitar o exercicio dos seus direitos e manter as suas relações com o país; b) outras vezes destina-se a defender os direitos dos mesmos nacionaes, quando esses direitos sejam violados pelo governo, por funcionarios ou particulares do estado local <sup>1</sup>.

a) A primeira fórma de protecção dos nacionaes residentes em país estrangeiro realiza-se, ou pela celebração de tratados, ou pelo estabelecimento de legações diplomaticas, ou, principalmente, pela organização de consulados.

Pela celebração de tratados podem os estados ou definir os direitos dos nacionaes de cada um dos contractantes no territorio do outro ou dos outros contractantes, ou regular o modo de exercicio desses direitos. Num caso ou noutro é manifesta a acção protectora, pois se torna certa a situação dos estrangeiros.

Os agentes diplomaticos, além de representantes do seu governo junto dos governos estrangeiros para a protecção e defesa dos direitos e interesses geraes do estado que os envia, são protectores dos nacionaes desse estado, incumbindo-lhes em geral a superintendencia na administração consular, á qual

---

<sup>1</sup> DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pag. 442, e tom. II, pag. 95; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 170 e 110; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 375 e 407; RIVIER, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 519; PRADIER, *ob. cit.*, tom. IV, pagg. 2034 e segg.; NYS, *ob. cit.*, tom. II, pag. 221; ANZILOTTI, *La responsabilité des états à raison des dommages soufferts par des étrangers*, na *R. D. I. P.*, 1906, pagg. 5 e segg. e 285 e segg.

está principalmente confiada a protecção dos nacionaes, e tendo até, segundo a legislação de alguns países, attribuições consulares, como funcções notariaes ou de registo civil, relativamente aos subditos do estado que representam.

A protecção dos nacionaes dum país residentes em país estrangeiro é, porém, directamente confiada aos consules desse país, os quaes exercem a seu respeito attribuições ou de *assistencia*, auxiliando-os e soccorrendo-os, sempre que necessario, tanto por actos como por conselhos, ou de *garantia*, servindo-lhes de officiaes do registo do estado civil e de notarios, e portanto concorrendo para fixar a sua situação juridica emquanto essa situação depende do registo dos nascimentos, casamentos e obitos, e para o exercicio dos seus direitos emquanto esse exercicio depende da intervenção do official publico, ou de *defesa*, sendo juizes dos seus pleitos, o que, comtudo, quasi só acontece nos países de capitulações, pois, nos países que participam integralmente da communitade internacional, os estrangeiros estão sujeitos ás justiças territoriaes <sup>1</sup>.

b) Assegurados os direitos dos nacionaes residentes no estrangeiro por meio de tratados e facilitado o exercicio desses direitos com as legações diplomaticas e com os consulados, procurou ainda o estado moderno organizar a defesa dos mesmos direitos contra as suas violações e assim dar á protecção a fôrma *reparadora*. Verificaremos, porisso, α) em que condicções pode ser exercida esta fôrma de protecção, β) em que casos poderá principalmente tornar-se effectiva, e γ) por que meios deverá realizar-se.

---

<sup>1</sup> Vide sobre a organização do corpo consular português: Dec. de 24 de dezembro de 1901, que approvou a organização da secretaria dos negocios estrangeiros, artt. 10.º e 48.º e segg.; Dec. de 8 d'agosto de 1903, que remodelou os serviços diplomaticos e consulares no extremo oriente; e Regulamento consular de 24 de dezembro de 1903.

α) Dum modo geral, pode dizer-se que a protecção deve ser medida pela *lei commum dos estrangeiros* pertencentes a um determinado estado, lei commum que é constituída pelos direitos garantidos a esses estrangeiros pelo direito internacional, pelos tratados ou pelas leis locaes. Fiando-se no apoio dessa *lei*, é que os estrangeiros se estabelecem num determinado país, e porisso deve a mesma lei ser cumprida pelo estado local ou espontaneamente ou com a *cooperação* do estado de origem, isto é, mediante a sua *protecção*. A protecção é, pois, uma garantia *subsidiaria* da lei commum dos subditos do estado protector residentes em país estrangeiro. Tem um *limite* — é essa lei commum, e tem uma razão de *legitimidade* = é o não cumprimento dessa lei pelo estado local. O estado que não respeita os direitos dos estrangeiros garantidos pelo direito internacional, viola uma *norma objectiva* deste direito, pratica um *acto illicito* contra o estado de que os mesmos estrangeiros sejam subditos e assim se constitue na *responsabilidade* para com este último estado de reparar a violação. O direito de protecção do estado de origem corresponde assim á responsabilidade do estado local, antes, a protecção é o meio de tornar effectiva a responsabilidade provinda do não cumprimento das normas objectivas de direito internacional que garantem os direitos dos estrangeiros.

Mas a legitimidade da protecção deve ser apreciada segundo um principio de egualdade entre nacionaes e estrangeiros quanto á garantia dos direitos que a estes sejam concedidos num determinado estado, a não ser que uma situação de maior favor tenha sido assegurada aos mesmos estrangeiros por algum estado. Assim, devem os estrangeiros acceitar as jurisdicções locaes, as leis de processo e os principios de responsabilidade dos funcionarios estabelecidos em cada estado para a defesa dos direitos individuaes, qualquer que seja a esse respeito a differença entre as leis do seu país e as leis locaes, isto é, os

direitos concedidos aos estrangeiros só lhes aproveitam segundo a *organização legal* estabelecida pelo estado local.

β) Estabelecido o criterio geral de protecção, vejamos em que hypotheses ella poderá principalmente ser exercida.

Essas hypotheses correspondem á *proveniencia* da violação dos direitos dos estrangeiros, violação que pode partir ou de 1) *actos do governo* do estado local, ou de 2) *actos de funcionarios desse estado*, ou de 3) *actos de particulares*.

1) Se o governo mesmo viola os seus deveres internacionais, lesando os direitos dos estrangeiros, e se não ha no país uma instituição encarregada de apreciar e julgar semelhantes violações ou se essa instituição nega *justiça* aos estrangeiros dum modo formal ou de modo disfarçado, poderá o estado interessado fazer as legitimas reclamações e exigir as justas reparações.

Poderão, porém, estas reclamações e reparações ter logar quando os estrangeiros são lesados na sua pessoa ou nos seus bens por virtude de medidas de repressão ordenadas por um governo por occasião dum motim popular, duma insurreição ou duma guerra civil? A doutrina geralmente seguida é que neste ponto os estrangeiros devem ser equiparados aos nacionaes, e que portanto o estado local lhes deve indemnizações quando as deva egualmente aos seus subditos. Quando, por isso, num estado seja seguido o principio de que os effeitos da repressão devem ser considerados como um caso de força maior de que os lesados devem soffrer as consequencias, a opinião predominante é que esse principio se applica tanto a nacionaes como a estrangeiros.

Ao principio de irresponsabilidade do estado ou da sua igual responsabilidade para com nacionaes e estrangeiros faz-se, porém, uma restricção. A responsabilidade para com estrangeiros persiste, se o estado usa de meios de repressão contrarios aos usos internacionais, como se os actos repressivos são

dirigidos de modo especial contra os estrangeiros *como taes*, sem que estes tenham sido a causa directa das perturbações que se pretendem reprimir. É fundamentalmente a doutrina sustentada por VON BAR perante o Instituto de direito internacional e por este votada na sessão de 1900. «Actualmente, diz VON BAR, nenhum estado se impõe a obrigação de indemnizar os seus proprios subditos dos prejuizos causados á sua pessoa ou aos seus bens por occasião de tumultos ou de guerras civis. Enquanto os estados recusarem uma indemnização por tal motivo aos nacionaes, não poderão ser obrigados a concedê-la aos estrangeiros. Não se pode, comtudo, negar que a responsabilidade do estado existe em certos casos. O direito de indemnização existirá quando o estado não tiver cumprido os seus deveres internacionaes; é o ponto capital. O estado não garante aos estrangeiros uma segurança maior que aos seus nacionaes; mas promette-lhes uma segurança igual deixando-os estabelecer no seu territorio; se, porém, lha não dispênsa, deve ser responsavel. Sempre, pois, que os estrangeiros são lesados *como taes ou como subditos dum estado determinado*, existe para o estado, em cujo territorio se produz o motim, uma obrigação *internacional* de indemnizar as victimas».

É de notar que, contrariamente ao principio estabelecido, têm sido muitas vezes concedidas indemnizações aos estrangeiros fóra do principio de egualdade acima estabelecido e sem as razões especiaes de responsabilidade excepcional indicadas, mas sempre se tem feito a titulo *gracioso* e sob a condição de *reciprocidade*, mantendo-se o principio *juridico* da egualdade entre nacionaes e estrangeiros.

Ainda se discute se o direito de protecção pode ser exercido no caso de suspensão de pagamento de juros e de amortização das dividas contraídas pelos estados estrangeiros, e se, portanto, os estados podem fazer valer, em tal caso, os inte-

resses dos seus nacionaes possuidores de titulos dessas dividas. E parece que não poderá haver duvida em reconhecer a legitimidade da protecção quando não seja respeitada a lei commum que regula as relações dum estado com os seus creadores externos e determina as garantias dadas ao juro e á amortização dos seus titulos. Essa lei foi a base da operação financeira e porisso deve ser rigorosamente cumprida: A protecção não vae, porém, além da exigencia do cumprimento daquella lei. O risco da operação financeira deve correr integralmente por conta dos portadores dos mesmos titulos. É a opinião commum dos internacionalistas, formulada já em 1848 num despacho celebre de lord Palmerston nestes termos: «Se os ingleses entregaram os seus capitaes a um estado estrangeiro, foi na esperanza de obter lucros, e porisso deviam fazer entrar em linha de conta os riscos inevitaveis no caso de insolvencia do devedor. Se não previram esta eventualidade, devem soffrer a sorte de todo o especulador que se engana nas suas previsões».

2) Se a violação deriva de actos illegaes de funcionarios do estado local, os estrangeiros deverão reclamar contra esses actos pelas vias legaes estabelecidas no mesmo estado local. Só quando as auctoridades locaes não attendam as suas reclamações negando-lhes a devida justiça, poderá o estado de origem fazer as suas reclamações e exigir a responsabilidade do estado local.

3) Se as violações partem de particulares, deverão os estrangeiros recorrer aos tribunaes competentes para conhecer destas violações, e só quando os juizes lhes neguem justiça o estado de origem ficará auctorizado a exercer o seu direito de protecção.

Em qualquer dos casos apontados, só quando haja *denegação de justiça* aos estrangeiros é que se torna legitima a protecção do estado origem para exigir a responsabilidade do estado lo-

cal, isto é, a protecção do estado de origem só deve ter logar quando falte a *protecção judiciaria* do estado local. Mas a protecção judiciaria aos estrangeiros deve ser real e não apenas apparente. Haverá porisso denegação de justiça não só quando aos estrangeiros não for permitido o recurso aos tribunaes para a defesa dos seus direitos, mas tambem quando a acção dos tribunaes for evidentemente injusta. Neste ultimo caso, o estado local só apparentemente cumpre o seu dever internacional para com o estado de origem e porisso ainda é legitimo o exercicio do direito de protecção.

γ) Os meios de tornar effectiva a protecção dos nacionaes residentes em país estrangeiro serão naturalmente aquelles que o direito internacional reconhece para conduzir os estados ao cumprimento dos seus deveres para com os outros estados e hão de variar segundo as circunstancias de cada caso concreto.

O meio mais simples será a intervenção dos consules junto das auctoridades locaes do seu districto para que ellas attendam as reclamações dos subditos que representam.

Quando a protecção consular seja inefficaz ou inadequada, pode ter logar a protecção do agente diplomatico junto do governo local, o qual pedirá ao ministro dos estrangeiros do estado local que tome as necessarias providencias para que as auctoridades e os tribunaes prestem a devida justiça aos seus nacionaes.

Á intervenção dos agentes diplomaticos podem ser preferiveis negociações directas entre os governos interessados destinadas a obter do governo local o cumprimento do seu dever de respeito pelos direitos dos estrangeiros.

Se a acção diplomatica se torna insufficiente e o estado local persiste em não cumprir os seus deveres internacionaes e em não prestar as devidas reparações, o estado de origem poderá recorrer aos demais meios reconhecidos pelo direito inter-

nacional, para conseguir o respeito dos direitos dos seus nacionaes, escolhendo o processo reparatorio que for mais adequado ao caso occorrente e devendo começar pelos meios de caracter pacifico para só em ultimo caso usar da violencia, se para tanto houver justo motivo.

É de notar que a segunda conferencia da paz procurou limitar o emprego da força na cobrança das dividas contractuaes dum estado aos nacionaes doutro estado. Effectivamente, a convenção II de 18 de outubro de 1907, partindo do desejo de «evitar entre as nações conflictos armados de origem pecuniaria, provenientes de dividas contractuaes exigidas ao governo dum país pelo governo doutro país, contraídas com os seus nacionaes», estabeleceu a seguinte doutrina: «Art. 1.º As potencias contractantes convieram em não recorrer á força armada para a cobrança de dividas contractuaes reclamadas ao governo dum país pelo governo doutro país, contraídas com os seus nacionaes. Todavia, esta estipulação não poderá ser applicada quando o estado devedor recuse ou deixe sem resposta um offerecimento de arbitragem, ou, no caso de acceitação, torne impossivel a conclusão do compromisso ou, depois da arbitragem, deixe de se conformar com a sentença proferida».

## CAPITULO III

### Conflictos de leis

#### SECÇÃO I

#### Constituição progressiva duma theoria dos conflictos

##### § I

#### Evolução doutrinal<sup>1</sup>

#### DIVISÃO I

#### Theoria dos estatutos

SUMARIO : — 34. Genese natural dos conflictos : — a *personalidade* e a *territorialidade* na applicação das leis. — 35. A primeira tentativa duma theoria dos conflictos. Os postglosadores como iniciadores da *theoria dos estatutos*. — 36. Organização da theoria estatutaria. Escola franceza do seculo xvi. — 37. Escolas belga e hollandesa do seculo xvii. — 38. Escola franceza do seculo xviii. — 39. Appreciação geral do valor e dos resultados da theoria.

34. Depois do problema da condição dos estrangeiros, em que se determina a medida dos seus direitos, vem naturalmente o

---

<sup>1</sup> LAINÉ, *Introduction au droit international privé*; PILLET, *Principes*, pagg. 123 e segg. e 249 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 165 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 394 e segg.; JITTA, *ob. cit.*

problema da regulamentação do exercicio desses direitos, ou o problema da determinação da lei reguladora das relações juridicas por que se traduza o exercicio da sua actividade.

Admittios os estrangeiros ao gozo dos direitos privados, um de tres systemas poderia ser adoptado para a escolha da lei reguladora do exercicio de taes direitos: ou o systema da *personalidads das leis*, pela preferencia da lei do país a que o estrangeiro se encontre ligado por um laço pessoal, um laço de nacionalidade ou de domicilio; ou o systema da *territorialidade das leis*, pela escolha da lei do estado onde o direito seja exercido; ou um systema de *coordenação da lei pessoal e da lei territorial*, pela applicação duma ou doutra consoante as exigencias da protecção dos individuos que se encontrem em país estrangeiro e as imposições do interesse da comunidade social e politica formada por cada estado. O primeiro systema contraria, porém, tão directamente a soberania do Estado na sua expressão legislativa e o segundo affecta por tal modo o interesse dos individuos, fazendo-os mudar de estado, de capacidade e de situação juridica tão depressa como mudem de país, que o pensamento scientifico e as legislações deviam naturalmente afastar-se dos pontos extremos e procurar um terreno médio de conciliação em que, por um mutuo *sacrificio* parcial

---

pagg. 102 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 186 e segg.; FIORE, *Elementi di diritto internazionale privato*, tom. I, pagg. 39 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 338 e segg., e *Traité théorique et pratique*, tom. III, pagg. 1 e segg.; CATELLANI, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 197 e segg., e tom. II, pagg. 1 e segg.; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthese du droit international privé*, vol. I, pagg. 10 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 21 e segg.; Sr. dr. LUCAS FALCÃO *ob. cit.*, pagg. 56 e segg.; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 177 e segg.; Sr. dr. TEIXEIRA D'ARREU, *ob. cit.*, pagg. 15 e segg.; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Execução extraterritorial das sentenças civis e commerciaes*, pagg. 22 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 48 e segg.; Sr. dr. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, pagg. 89 e segg.; etc.

da *lei pessoal* e da *lei territorial*, se cencessem ao interesse dos individuos e aos interesses das collectividades nacionaes as garantias indispensaveis á estabilidade pessoal dos primeiros e á conservação e desinvolvimento das segundas. E é na justa combinação da *personalidade* e da *territorialidade* que está o *problema dos conflictos*, cuja resolução final constitue a questão suprema do direito internacional privado. Diremos porisso como os espiritos foram levados para aquelle terrenó de conciliação e como em systemas doutrinaes successivos tçem estabelecido a fórmula de equilibrio entre o interesse do estrangeiro e o interesse do estado local, ao mesmo tempo que nos esforçaremos por pôr em relevo os elementos com que cada um desses systemas tem concorrido para a construcção dum theoria geral dos conflictos.

35. Com a fusão das raças que constituiram as nações medievaes, com o estabelecimento da unidade de direito para todos os membros do estado qualquer que fosse a sua origem, e com o desinvolvimento do feudalismo, que foi um systema social de fusão da soberania com a propriedade e de *isolamento juridico e politico* dos diversos senhorios por fórmula a cada senhor ter o seu exercito, a sua jurisdicção e a sua lei, lei *limitada* ao dominio senhorial mas *exclusiva* da applicação de qualquer lei estranha, affirmou-se o principio da *territorialidade das leis*, segundo o qual cada estado submete ao imperio das suas leis todas as pessoas, coisas e actos que se encontrem, estejam situadas ou se dêem dentro do seu territorio e logicamente fica privado de toda a auctoridade sobre as pessoas e coisas que estejam para além das suas fronteiras ou a respeito dos actos que ahí sejam praticados, principio traduzido pelo adagio feudal — *todos os costumes são reaes*.

O principio da territorialidade tinha, porém, o grave inconveniente de tornar incertos todos os direitos individuaes, por-

isso que tornava dependente o seu reconhecimento e o seu exercicio da simples eventualidade duma mudança de territorio, e de sujeitar a situação juridica das pessoas a uma mobilidade perigosa. Semelhante inconveniente feriu a attenção dos espiritos e a partir dos seculos XIII e XIV começaram os esforços para modificar a doutrina da territorialidade no sentido de assegurar aos direitos e ao estado das pessoas a fixidez que lhes é necessaria.

A primeira tentativa a esse fim destinada contem-se na *theoria dos estatutos*, que, através de diferentes vicissitudes, dominou a doutrina dos conflictos até fins do seculo XVIII.

Chamaram-se a principio *estatutos* as leis particulares, municipaes ou provinciaes, que vigoravam (na Italia) numa cidade ou numa provincia, contrapondo-se á palavra *lei*, que designava as disposições de interesse geral que vigoravam em todo o territorio e eram constituídas pelo direito romano considerado como direito *commum*; mais tarde *estatuto* tornou-se synonymo de lei, podendo MERLIN escrever — «Cada disposição de lei é um *estatuto*, que permite, ordena ou prohibe alguma coisa».

E a *theoria dos estatutos* consistiu fundamentalmente, segundo a sua fórmula typica: — 1.º) em classificar as leis locais ou geraes em *estatutos pessoaes* e *estatutos reaes*, segundo dissessem respeito ás *pessoas* ou aos *bens* (immoveis): — 2.º) em considerar o estatuto pessoal como *exterritorial* e portanto acompanhando o individuo por toda a parte e devendo ser-lhe applicavel mesmo fóra do seu país; — 3.º) em declarar e estatuto real *territorial*, e como tal obrigatorio para todos os individuos que se encontrassem no territorio em que elle vigorasse, e, assim: — 4.º) em resolver os conflictos entre as leis locais ou entre as leis geraes applicando ás pessoas a sua lei *pessoal* (lei do domicilio) e aos bens immoveis a lei da sua situação, *lex rei sitae*.

Foi na Italia que appareceu a doutrina estatutaria e o seu primeiro esboço deve-se aos postglosadores, principalmente a BARTOLO, os quaes, acceitando a territorialidade como regra, intenderam que certas leis deviam ter efficacia exterritorial.

O seu apparecimento foi o resultado das condições historicas em que se encontravam as cidades da Italia septentrional depois do seculo XII. Estas cidades, que desde o tratado de Constança de 1183, gosavam duma verdadeira autonomia, embora sob a suserania nominal do Santo Imperio Germanico, tinham por um lado leis proprias, *estatutos*, que variavam de cidade para cidade, a par com o direito romano, que era o direito *commum* do Imperio, e por outro lado mantinham entre si relações commerciaes mais ou menos intensas, o que conduziu os jurisconsultos do tempo á triplice investigação—da validade dos estatutos em face do direito romano, da solução dos conflictos entre o mesmo direito romano e os estatutos particulares das cidades, e da solução dos conflictos entre os estatutos das differentes cidades pela determinação daquelle que devia ser applicado. Esta ultima investigação, que se impunha pela necessidade de dar regularidade ás relações entre as cidades italianas, foi a que conduziu ao apparecimento da theoria dos estatutos como primeira manifestação da sciencia do direito internacional privado.

A cultura e auctoridade do direito romano nessa epoca fez com que os jurisconsultos procurassem naquelle direito a solução de taes conflictos e, embora as soluções adoptadas fossem realmente creadas pelos mesmos jurisconsultos, pois que o *Corpus juris* não visou o problema dos conflictos, essas soluções eram sempre auctorizadas com as leis romanas. O ponto de partida foram as palavras *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium* da lei I do Codice de Justiniano no titulo *De summa Trinitate*, escolhendo-se certamente essa lei pela circumstancia de nella se conter a ideia de extensão do

Imperio e das leis romanas e porisso logicamente conduzir á determinação dos limites dos estatutos das differentes cidades. As palavras *Cunctos populos* suggeriram a Accurcio ou a algum outro glosador esta observação incluída na Glosa — *Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest; cum dicat quos nostrae clementiae regit imperium*, e esta passagem da Glosa foi o inicio da doutrina italiana sobre conflictos, de cuja elaboração progressiva, e principalmente devida á obra de BARTOLO, resultou a determinação de regras de direito internacional privado, que as escolas posteriores viriam assimilar e desinvolver.

Ao lado da territorialidade, como regra, admittiram certas leis de applicação exterritorial, não segundo um principio geral de discriminação das leis em territoriaes e exterritoriaes, mas em harmonia com a natureza da relação jurídica que analysavam concretamente e cuja lei reguladora procuravam determinar. Conheceram já e formularam a distincção dos estatutos em *personas* e *reaes*, segundo se referiam ás pessoas ou aos bens, mas essa distincção, em vez de representar um criterio geral de solução dos conflictos, foi apenas um elemento de apreciação e um meio de escolher as leis mais harmonicas com a natureza da relação jurídica. E nem sempre semelhante criterio foi devidamente applicado, diferenciando-se por meio delle estatutos fundamentalmente identicos. Assim, BARTOLO, applicando a distincção dos estatutos em materia de successões, apenas attendeu á construcção grammatical da phrase, considerando o estatuto pessoal ou real segundo a primeira palavra do seu texto fosse relativa ás pessoas ou aos bens. Assim, seria pessoal o estatuto — *Primogenitus succeda in omnibus bonis*, e seria real o estatuto — *Bona decedentium veniant in primogenitum*. Semelhante criterio podia tornar facilmente a distincção dos estatutos num simples jogo de palavras, razão por que DUMOULIN alcunhou a distincção de *verbal*, e devia concorrer

para a pouca precisão da doutrina dos *bartolistas* na determinação dos mesmos estatutos.

Mas, se os postglosadores não chegaram a formular um systema definido de resolução dos conflictos, nem deixaram um criterio preciso para presidir á escolha da lei reguladora das differentes relações juridicas, é indubitavel que deixaram já elementos de indiscutivel valor para a construcção da theoria da justa conciliação das leis privadas. Em verdade, a applicação do estatuto pessoal ao estado e capacidade das pessoas, a applicação da *lex rei sitae* ao regimen da propriedade immobiliaria, a applicação da lei do logar da celebração aos effeitos naturaes e previstos das convenções, a applicação da *lex loci* á fórma externa dos actos, e a applicação da *lex fori* á fórma do processo, são outras tantas regras esboçadas pelos postglosadores, que a doutrina viria posteriormente aproveitar e aperfeiçoar. Deve ainda dizer-se que se notava nesta primeira escola italiana de direito internacional privado uma decidida tendencia para alargar o estatuto pessoal e para restringir o estatuto real e que, porisso, se pode considerar como precursora da nova escola italiana, que tanto defende o principio da personalidade do direito.

36. De Italia passa para a França a theoria dos estatutos e encontra nos jurisconsultos franceses do seculo XVI, principalmente em DUMOULIN, D'ARGENTRÉ e COQUILLE, uma organização regular.

DUMOULIN (1500-1566) estabelece a transição da escola italiana para a escola francesa. Como continuador da escola italiana, segue o methodo de BARTOLO e dos seus predecessores e successores, e procura formular regras de conflictos em harmonia com a natureza das relações juridicas; e, como precursor da escola francesa, obedece em parte ao principio geral da absoluta territorialidade dos costumes. É assim que, seguindo,

quanto á forma externa dos actos, o principio da competencia da *lex loci*, quanto ao processo, o principio da competencia da *lex fori*, no que se conformava com a doutrina tradicional, e quanto á substancia e effeitos dos contractos, no que era verdadeiramente innovador, o principio da *autonomia da vontade*, isto é, o principio da competencia da lei escolhida pelas partes, soluções em que praticou o methodo da escola italiana adoptando as regras mais harmonicas com a natureza das relações juridicas, para as restantes materias do direito civil acceitou o criterio da distincção dos estatutos em pessoas e reaes, no que em certo modo ainda se conformava com a doutrina tradicional, mas nas applicações do criterio já fazia sentir a acção do principio da territorialidade. Comtudo, embora nas suas obras dominasse o principio de que todos os costumes são reaes, não hesitava em formular excepções em ordem a admittir a existencia dum estatuto pessoal ao lado do estatuto real. E acceitando o principio da distincção dos estatutos em pessoas e reaes, pôs de parte o criterio verbal de BARTOLO, baseou a distincção no objecto de cada estatuto e declarou pessoas os estatutos que dissessem respeito principalmente ás pessoas e reaes os que principalmente se referissem aos bens. Mostrou DUMOULIN uma grande tendencia para ampliar o estatuto pessoal, pelo que deve approximar-se de BARTOLO como precursor da nova escola italiana, e formulou pela primeira vez, como já dissemos, o importante principio da *autonomia da vontade* na determinação da lei applicavel ás convenções, affirmando que a vontade das partes deve ser soberana, cumprindo aos juizes investigar, ou pelos termos do contracto ou pelas circumstancias, se ellas se referiram a uma determinada legislação.

D'ARGENTRÉ (1519-1590), parte do mesmo principio da territorialidade dos costumes, mas separa-se abertamente da escola italiana, baseando toda a doutrina dos conflictos na distin-

ção dos estatutos em reaes e pessoas, estabelece claramente a preeminencia do estatuto real e o caracter excepcional do estatuto pessoal, e inicia a escola estatutaria francesa, que assentará fundamentalmente naquelles dois principios.

Nesta escola manifestam-se, porém, duas tendencias, uma *realista*, que restringe ao minimo o estatuto pessoal, constituindo-o com as leis qua dizem exclusivamente respeito ás pessoas, e outra *personalista*, que alarga o numero de excepções ao principio da territorialidade e inclue no estatuto pessoal as leis que se referem principalmente á condição das pessoas. D'ARGENTRÉ segue a primeira corrente, considerando pessoas apenas os estatutos que de qualquer maneira se não refram aos immoveis nem se limitem simplesmente a modificar a capacidade das pessoas num ponto particular. E a sua tendencia realista manifesta-se bem frisantemente no facto de, admittindo, ao lado dos estatutos reaes e pessoas, uma nova categoria de estatutos, *estatutos mixtos*, em que entram todas as disposições relativas ao mesmo tempo ás pessoas e aos bens, tornar esses estatutos territoriaes. A nova categoria estatutaria não servia senão para alargar o estatuto real, pois era igual o seu caracter e o seu valor. Depois de D'ARGENTRÉ, outros escriptores adoptaram a nova classe de estatutos, o que, porém, não serviu senão para originar confusões e difficuldades, enquanto pretendiam que no caso de estatuto mixto se applicasse ao mesmo tempo a lei pessoal e a lei local, a primeira na parte relativa á pessoa e a segunda na parte relativa aos bens, o que creava difficuldades praticas insuperaveis. O resultado foi a rejeição geral da nova categoria de estatutos.

COQUILLE (1523-1603), adoptando embora o criterio e alcance da distincção dos estatutos em pessoas e reaes, já não acceita dogmaticamente o principio de que todos os costumes são reaes, e ensina que, para determinar a natureza do estatuto, importa ettender sempre á *intenção* do legislador. E

assim, se o legislador se propôs directamente o interesse das pessoas, não poderão estas subtrair-se ás suas prescripções por uma mudança de residencia; e se a lei só indirectamente visa aquelle interesse, a sua applicação limitar-se-á ao territorio em que vigora. É digna de registrar-se esta rtenção pelo *fin da lei*, pois veremos que ella domina uma das mais recentes theorias ácerca da resolução dos conflictos.

37. No seculo xvii é a doutrina dos estatutos defendida por juriconsultos belgas e hollandeses, como BURGUNDUS, RODENBURGH, PAULO e JOÃO VOET, os quaes, á semelhança de D'ARGENTRÉ, mostram tendencias accentuadamente realistas. Estas tendencias para o predominio das leis locaes têm a sua explicação, como nota DESPAGNET, no poder da autonomia municipal nos Países-Baixos e no cuidadoso empenho com que as communes defendiam a sua independencia contra toda a usurpação duma auctoridade estranha. Na impossibilidade de especializar doutrinas, diremos só que PAULO VOET admittiu, á semelhança de D'ARGENTRÉ, estatutos mixtos, para ahi compreender, não todas as leis relativas ao mesmo tempo ás pessoas e aos bens, mas aquellas que respeitam á *fórma externa* dos actos, e que JOÃO VOET, filho do anterior e, no dizer de PILLET, o mais logico dos juriconsultos estatutarios, formulando o principio da absoluta territorialidade das leis, logicamente sustentou que, quaesquer excepções que o modificassem pela admissão de estatutos pessoaes, não podiam fundar-se num principio de *justiça*, mas eram o mero resultado do principio da *cortesia* internacional, da *comitas gentium*, que representa a *tolerancia* das leis estrangeiras por um motivo da attenção para com os outros estados. As escolas italiana e franceza, principalmente a escola italiana, ainda firmavam as excepções á territorialidade numa razão de justiça, mas a escola hollandesa levou a territorialidade até ás suas ultimas consequencias,

não reconhecendo nos estados a obrigação de direito de admitir a applicação das leis dos outros estados.

38. Ainda no seculo XVIII a doutrina dos estatutos continua a dominar a theoria dos conflictos. É uma nova escola franceza, de que fazem parte BOULLENOIS, FROLAND, BOUHIER e PRÉVOT, que por então a ensina e defende, mas já com tendencias que annunciam uma transformação. Não põe a escola de parte os velhos criterios de sabor feudal, mas revela o constante interesse de alargar o dominio das leis pessoas e de restringir o das leis reaes, para introduzir mais regularidade e justiça na resolução dos conflictos. É o que bem se depreende do systema de BOUHIER, o qual ensina que, em caso de duvida, um estatuto deve ser considerado como pessoal, pois, na concorrência duma pessoa e duma coisa, a pessoa deve prevalecer, sendo para as pessoas que as leis principalmente são feitas. A transformação, que assim transparecia nas doutrinas da escola, era fatal tanto em face dos principios mesmos da theoria dos estatutos, como em face do novo modo de ser das sociedades civilizadas.

39. A theoria dos estatutos, na sua mais logica expressão, fundava-se em dois principios scientificamente envelhecidos e porisso inadequados ás novas condições de existencia das sociedades — o principio feudal da territorialidade das leis e o principio da *comitas gentium* como meio de explicar as excepções á applicação das leis territoriaes. Um era a contestação do vinculo pessoal entre uma soberania e os seus subditos que se encontram fóra do territorio, e o outro era o arbitrio arvorado em regra determinante da situação dos estrangeiros.

Nas suas applicações praticas, era a theoria, como diz DESPAGNET, vaga, insufficiente e demasiadamente absoluta. Vaga, pois, pela simples referencia dum estatuto ás pessoas ou ás

coisas, era difficil affirmar se esse estatuto era pessoal ou real, já que é raro que o legislador não falle ao mesmo tempo dos bens e das pessoas, tornando-se temerario procurar a sua intenção para saber se o objecto principal da disposição são as pessoas ou os bens, e ficando, porisso, aberto largo campo ao arbitrio na solução dos conflictos. Insufficiente, pois, ha relações juridicas complexas que apresentam pontos de contacto com varias legislações e cuja lei reguladora não pode determinar-se com a simples distincção entre estatutos pessoais e estatutos reaes, declarando os primeiros exterritoriaes e territoriaes os segundos. Torna-se necessario um systema de principios que attenda a todos os elementos da relação juridica para conduzir a uma solução justa, como acontece, por exemplo, com um contracto, onde é indispensavel attender á capacidade das partes, aos effeitos da convenção, e ás formalidades externas, pois pode a justiça exigir que se applique a cada um desses elementos uma legislação differente. Finalmente, demasiadamente absoluta, pois integrava nos dois estatutos pessoal e real disposições que não se referem immediatamente ás pessoas ou aos bens, como são as disposições respeitantes á fórma externa dos actos e á interpretação dos contractos, que rigosamente deviam ficar fóra da classificação. Abalada nos seus fundamentos theoreticos e condemnada pelos seus resultados praticos, devia naturalmente a theoria dos estatutos ser substituida por novos principios doutrinaes que melhor correspondessem ás exigencias do espirito scientifico e melhor satisfizessem ás necessidades praticas.

A verdade exige, porém, que se diga que a theoria dos estatutos prestou evidentes serviços á nossa sciencia, não só por ter dado impulso ao estudo das questões do direito internacional privado, mas ainda por ter fixado ou preparado a solução de muitas questões. Assim, a subordinação geral do estado e capacidade das pessoas á lei pessoal, a sujeição da propriedade

immobiliaria á lei territorial, o principio da autonomia da vontade na interpretação dos contractos, a regra *locus regit actum*, são soluções em grande parta devidas aos jurisconsultos estatutarios.

## DIVISÃO II

### Theorias modernas

SUMMARY: — 40. Renovação da theoria dos conflictos pelos escriptores allemães do seculo passado: WAECHTER, SCHAEFFNER e SAVIGNY. Valor progressivo das doutrinas destes escriptores. — 41. A escola italiana e a afirmação da lei pessoal como criterio fundamental na resolução dos conflictos. A sua significação e o seu valor. — 42. A reacção contra a escola italiana e a tendencia para a constituição duma theoria dos conflictos que represente a justa coordenação das leis de protecção individual e das leis de garantia social. — 43. Systema de resolução dos conflictos de ANTOINE PILLET. Sua organização e seu valor. — 44. VAREILLES-SOMMIÈRES e a tentativa de restauração da theoria estatutaria. Critica. — 45. Conclusões.

40. Foi da Alemanha que veio a iniciativa da renovação scientifica da theoria dos conflictos com os systemas de WAECHTER, de SCHAEFFNER e de SAVIGNY. As doutrinas renovadoras procuraram dar áquella theoria solidez scientifica e precisão pratica, para assim poderem affirmar a sua superioridade sobre a doutrina dos estatutos.

Esta doutrina partia do principio da territorialidade de todas as leis e porisso só no principio da cortesia internacional podia basear a applicação das leis estrangeiras. As doutrinas allemãs partem ao contrario do principio de *communidade de direito* entre os povos civilizados, principio que, por um lado, pode conduzir á applicação das leis estrangeiras quando essas

leis sejam as mais proprias para realizar a justiça nas relações privadas internacionaes, e, por outro, torna o reconhecimento das mesmas leis e a sua applicação uma obrigação juridica de cada estado, para deixar de ser um simples acto de favor ou de cortesia. E neste ponto encontram-se os tres escriptores citados, embora fosse SAVIGNY aquelle que mais pôs em relevo o principio da communitate de direito como base de todo o direito internacional privado, principio fecundo que abriu horisontes novos á theoria dos conflictos apertada até então pelo principio feudal da territorialidade. Afastaram-se, porém, no criterio escolhido para a concretização daquelle principio, como passamos a verificar.

O systema de WAECHTER determina-se pela funcção que elle attribue aos juizes em face das questões emergentes das relações privadas internacionaes. Em primeiro logar, o juiz deve applicar a *lex fori* quando ella seja expressa ácerca da resolução dos conflictos. No silencio da lei, deve investigar qual o espirito das suas prescripções e verificar se o legislador pretendeu dar a preferencia á legislacção local ou á legislacção estrangeira. Assim, o legislador, formulando leis sobre o casamento, apenas tem em vista as familias cujo conjuncto constitue a sua nação, não pretende organizar as familias que constituem outras sociedades, por vezes muito differentes daquella para que legisla, e porisso as familias devem ser regidas pela sua lei nacional. Se o espirito da lei lhe não der indicação alguma, deverá applicar a lei do estado em nome do qual administra justiça, a *lex fori*. Fóra dos casos extremos, de disposiçção expressa e de falta de qualquer indicação, deve pois o juiz interpretar bem o sentido e o espirito da norma juridica para escolher a lei applicavel, signal de que no pensamento de WAECHTER havia o intento de attender para algum effeito ao character da relação juridica para determinar a sua lei reguladora. É em todo o caso certo que WAECHTER deu excessiva

importancia á *lex fori* e que o seu criterio podia levar á applicação abusiva desta lei.

SCHAEFFNER, reconhecendo, como WAECHTER, que o juiz deve investigar em primeiro logar se a *lex fori* formula algum principio ácerca da resolução do conflicto occorrente, para proceder á sua applicação, estabelece um criterio muito differente para o caso do silencio da *lex fori*. Em tal caso, as relações juridicas devem ser regidas pela lei do logar onde tenham origem. Segundo a expressão de VAREILLES-SOMMIÈRES, dá a cada relação juridica uma *nacionalidade*, determinada pelo logar do seu *nascimento*. Applicando este criterio ás differentes relações juridicas, decide, por exemplo, — que o estado e a capacidade das pessoas devem ser regulados pela lei do domicilio, pois é ahi que ellas se tornam capazes, — que a legitimação por subsequente matrimonio deve ser regulada pela lei do nascimento do filho, já que é ahi que se estabelece a sua relação com os paes, — que os bens, *ut universitas*, devem ser regulados pela lei do domicilio, por ser nesse logar que a pessoa adquiriu a capacidade para possuir bens, etc. O criterio de SCHAEFFNER é mais preciso que o de WAECHTER, pois já estabelece um ponto de referencia para as apreciações judicias, mas tem ainda muito de indeterminado e de arbitrario, porisso que não só é muitas vezes difficil precisar a origem duma relação juridica, podendo assignar-se-lhe uma origem diversa segundo se attenda ao seu sujeito ou ao seu objecto, mas ainda a origem duma relação juridica pode ser um elemento meramente accidental e porisso insufficiente para determinar o seu regimen juridico internacional.

SAVIGNY segue por um caminho bastante differente. O seu principio fundamental é que *as relações juridicas devem ser reguladas pela lei mais harmonica com a sua natureza*. «Para elle, escreve WEISS, quando o juiz se encontre em presença dum conflicto de legislações civis a resolver, o seu primeiro

dever é analysar com exactidão a natureza do facto juridico que deu origem ao conflicto, e, uma vez determinada esta natureza, deve investigar qual é a lei que mais convem á materia, e applicá-la ainda que seja obra dum legislador estranho». Segundo SAVIGNY, cada relação juridica tem a sua *séde* legal, isto é, está por natureza sujeita á lei dum país, sendo esta lei que os tribunaes deverão determinar e applicar em todo e qualquer país. Nacional ou estrangeira, a lei da *séde* das relações juridicas é a unica competente e portanto a que deve ser applicado para a resolução dos conflictos.

Mas, para que o seu criterio não pudesse conduzir a uma offensa da soberania do estado local, restringiu a applicação das leis estrangeiras com a admissão do principio de que as leis rigorosamente *obligatorias*, inspiradas por motivos de interesse commum, são applicaveis a todos os que habitem o territorio do estado, sejam nacionaes ou estrangeiros.

Salvo, porém, o interesse geral, deve applicar-se a lei conforme á natureza da relação juridica sem preoccupações ácerca da sua origem. Applicando o seu principio, sujeita o estado e a capacidade das pessoas á lei do domicilio, os bens moveis ou immoveis á lei da situação, *lex rei sitae*, as obrigações á lei do logar da sua execução, salvo declaração em contrario, a fórma dos actos juridicos á regra *locus regit actum*, as successões á lei do domicilio do auctor da herança, e as relações de familia á lei do domicilio do marido.

O systema de SAVIGNY é profundo, emquanto procura fixar pela natureza das relações juridicas a sua lei reguladora e attende ás naturaes exigencias do interesse geral do estado, mas depara com a difficuldade de por vezes determinar a natureza intrinseca das relações juridicas e, porisso, com o perigo de levar ao arbitrio na resolução dos conflictos. «Querer procurar na natureza das coisas, escreve PILLET, a solução dos conflictos de leis, é uma ideia justa, mas não bastante

precisa para servir de principio a uma doutrina. E, de facto, na investigação a que SAVIGNY procede para determinar a *séde* das differentes relações jurídicas, vae buscar aos dominios mais diversos os seus motivos de decisão, argumentando ora com a intenção das partes, ora com a situação das coisas, ora com uma ou outra circumstancia a que liga arbitrariamente uma influencia preponderante»<sup>1</sup>.

Apesar, porém, dos seus defeitos, as theorias allemãs, e principalmente a theoria de SAVIGNY, representaram um grande progresso na constituição da theoria dos conflictos, emquanto deram á applicação das leis estrangeiras uma base juridica derivada do principio da communitate de direito entre os povos civilizados, desprenderam os espiritos da ideia feudal da territorialidade, mostraram a necessidade de attender á natureza das relações jurídicas na determinação da sua lei reguladora, e lançaram a ideia de coordenação do interesse pessoal dos estrangeiros com o interesse geral do estado local.

41. A reacção começada pelas theorias allemãs contra o principio da territorialidade foi continuada e excessivamente desinvolvida pela escola fundada na Italia por MANCINI e seguida por ESPERSON, LOMONACO, FIORE, LAURENT, WEISS, etc., escola que proclamou o principio da *personalidade do direito* como o principio fundamental na resolução dos conflictos e a applicação da lei nacional das partes como o criterio geral da regulamentação das relações privadas internacionaes. A doutrina da nova escola é fundada no principio de que o estado é antes de tudo um aggregado de pessoas, de que, embora o mesmo estado precise dum territorio para ser perfeito, o territorio é menos importante do que as pessoas, e de que,

---

<sup>1</sup> *Journal de droit international privé*, 1894, pag. 422.

porisso, o estado existe *pelas e para* as pessoas e é para as pessoas que as leis são feitas. WEISS formúla tal doutrina nestes termos: «A lei, quando dispõe sobre um objecto privado, tem sempre em vista a utilidade da pessoa; não pode reger senão aquelles para quem é feita; mas a estes deve regê-los, em principio, em todos os logares e em todas as relações, salvas as excepções ou atenuações que resultam da *ordem publica internacional*, da regra *locus regit actum*, e da *autonomia da vontade*»<sup>1</sup>. Consequentemente, a escola italiana dá o predominio á lei pessoal, que é logicamente a lei *nacional* do individuo, e só excepcionalmente dá competencia ás leis territoriaes, representadas pelas leis de *ordem publica internacional* destinadas a salvaguardar a soberania territorial e o interesse geral da sociedade local, isto é, o interesse de *todos*, ao qual deve ceder o interesse de *cada um* (WEISS). Quer dizer, a lei pessoal constitue a *regra*, e a lei territorial a *excepção* na resolução dos conflictos.

A acção da escola italiana não deixou de ser benefica á constituição evolutiva do direito internacional privado. Por um lado, pelo relevo que deu ao respeito pelos direitos dos estrangeiros, inspirou as legislações no sentido de os equipararem aos nacionaes e de se desviarem do atrasado systema da reciprocidade, e por outro, frisando bem a ligação intima entre os individuos e as leis que organizam a sua protecção juridica, indicou o motivo por que essas leis os devem acompanhar nos paises estrangeiros e por que nestes devem ser reconhecidas e applicadas. Este reconhecimento e applicação representam a melhor concretização do principio da communitate de direito dos povos civilizados, que constitue a base de todo o direito internacional.

---

<sup>1</sup> *Traité théorique et pratique*, tom. III, pag. 63.

Foi, porém, a escola longe de mais na proclamação da personalidade do direito. Ao exaggero da territorialidade estatutaria contrapôs um novo exaggero que revela uma analyse menos profunda das condições de existencia das communitades politicas. A theoria estatutaria era a *territorialidade com excepções*, porque era a *supremacia juridica* do interesse do estado local sobre o interesse dos estrangeiros, e a theoria italiana é a *personalidade com excepções*, parecendo a *precedencia* do interesse do estrangeiro em relação ao interesse do estado local. Aquella attendia mais ao elemento collectividade, esta attende mais ao elemento individuo. E nisto está o defeito fundamental de qualquer dellas. O individuo e a collectividade são elementos irreductiveis de toda a vida social. Devem considerar-se a par na sua coexistencia necessaria e a protecção juridica tem de constituir o estado de equilibrio entre os seus interesses. Porisso não pode a territorialidade, que representa a collectividade nacional, ser a regra, para a personalidade, que representa o individuo na sociedade internacional, ser a excepção, ou vice-versa. A protecção juridica deve ser parallela, o systema racional deve ser a coordenação, e, em vez duma regra com excepções, deve haver duas regras que se completem e conjuguem harmonicamente na conciliação dos direitos dos estrangeiros com os interesses geraes das collectividades nacionaes.

Nem a preeminencia do principio da personalidade das leis pode fundar-se na razão adduzida pela escola de que o elemento pessoas prevalece ao elemento territorio na constituição do estado, de que o estado existe pelas e para as pessoas, e de que as leis são feitas para as pessoas, pois a territorialidade defende os interesses geraes das pessoas associadas em estado dentro dum determinado territorio, e porisso ainda para as pessoas são feitas as leis territoriaes, que protegem a collectividade com fundamento igual áquelle que baseia as leis de protecção dos individuos.

Dada, pois, a excessiva tendencia personalista da escola italiana, era natural que uma nova reacção se produzisse no sentido de corrigir os seus exaggeros e de estabelecer o equilibrio final entre os principios oppostos da territorialidade e da personalidade. E assim aconteceu, como os factos nos vão mostrar.

42. Já LAURENT, que aliás foi um partidario entusiasta do principio da nacionalidade, não levou o seu entusiasmo até fazer deste principio, ou do que elle chama o *principio da personalidade das leis*, o principio unico da theoria dos conflictos. Reconhecia que ao lado do principio da nacionalidade era precisa *outra coisa*. E nesta expressão fazia entrar todas as excepções ao principio da personalidade, compondo com ellas um novo principio, o principio da *realidade*, que partilha com a personalidade o imperio do direito internacional privado. O novo principio, que fórma leis territoriaes em opposição ás leis pessoases, funda-o LAURENT nas exigencias da ordem social que dominam a individualidade humana. Estas leis territoriaes compreendem as leis penaes e de segurança, as leis concernentes á ordem publica e aos bons costumes, como as que prohibem a poligamia, o incesto, a escravatura, etc., bem como as leis relativas ao credito predial e immobiliario. O character commum de todas as leis territoriaes é que ellas respeitam ao *interesse social*.

O movimento de reacção foi apoiado no nosso pais pela opinião auctorizada do sr. dr. GUMARÃES PEDROSA. Em 1878 escrevia o illustrado professor: «Do que havemos dicto, porém, deduz-se que na exacta combinação dos dois elementos — a personalidade e a realidade — se deve desinvolver toda a theoria do direito privado internacional. Por certo, que são estes os dois elementos primordiaes de toda a soberania de direito, tanto politica como civil, que se exerce entre uma determi-

nada ordem de pessoas, e tendo por meio ou séde uma dada circunscripção territorial. Assim são elles tambem os elementos fundamentaes e organicos do direito privado internacional. Definir a esphera de acção de cada um destes principios sobre as relações de direito privado internacional, tal é o encargo da theoria»<sup>1</sup>. Ha nestas palavras a expressão bem nitida do parallelismo dos dois principios da realidade e da personalidade, de cuja coordenação deve resultar a verdadeira theoria dos conflictos.

43. Mais recentemente illustrou a theoria da coordenação o professor PILLET, cujo systema é cheio de interesse e digno de especial referencia pelos elementos novos que veio trazer á theoria dos conflictos.

PILLET = depois de ter determinado as qualidades geraes que deve revestir a *lei internacional*, isto é, o *systema de conciliação* destinado a fixar os limites da auctoridade respectiva das differentes legislações sempre que o commercio internacional crie um conflicto entre os seus principios, qualidades que elle reduz á 1.º) *certeza*, pela fixação de principios sufficientes para facilitar a missão dos juizes e garantir a segurança das partes, ao 2.º) *character obrigatorio*, pela sujeição dos estados e dos individuos a esses mesmos principios, sujeição que, no estado actual da organização da sociedade dos estados, em que falta um verdadeiro legislador internacional, só se obterá com o principio do mutuo respeito das soberanias interessadas coordenado com o principio da applicação da lei *mais competente* para regular uma determinada relação juridica, e 3.º) *ao maior respeito possivel* das leis nacionaes no dominio das relações internacionaes, de modo que na resolução dum conflicto apenas

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag. 252.

se sacrifique da lei de cada estado o que for indispensavel para a justa conciliação das soberarias, — e depois de ter indicado como condição de existencia dum *acto internacionalmente justo* a sua realização em harmonia com as prescripções da lei internacional, e de estabelecer o principio de que um acto internacionalmente justo deve ser internacionalmente valido, isto é, valido em toda a extensão da commuidade internacional e podendo produzir effeito em todos os estados que dessa commuidade fazem parte, emquanto esses effeitos sejam compatíveis com as leis e instituições locais <sup>1</sup>, — procura formular uma theoria dos conflictos capaz de basear uma lei internacional com tão justos caracteres e com tão efficazes resultados <sup>2</sup>.

A ideia mais geral que serve de ponto de partida para a construcção do systema é que uma solução internacional dos conflictos deve derivar da natureza da lei como expressão da vontade soberana do legislador, pois que, nascendo os conflictos da pluralidade de legislações, estudar na lei os caracteres do acto de legislação e procurar manter na lei considerada nas relações internacionaes as qualidades que ella tem nas relações interiores, é o processo mais seguro para chegar ao terreno commum em que a solução dos conflictos poderá ser obtida.

Posta esta ideia, determina o auctor a extensão da *força de applicação* das leis na sua acção interior, e nas relações internacionaes ou na harmonia a estabelecer entre as nações. Sob o primeiro aspecto, todas as leis são *territoriaes* e *exterritoriaes*: *territoriaes* ou de *applicação geral* a todos os individuos que se encontrem no territorio do estado legislador; *exterritoriaes* ou de *applicação permanente*, a todos os subditos a que

---

<sup>1</sup> *Principes*, pagg. 123 e segg.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pagg. 249 e segg.

se destinam, até á sua revogação. Sob o segundo aspecto, porém, ou hão de ser territoriaes, isto é, applicaveis indistinctamente aos nacionaes e estrangeiros que se encontrem no territorio, ou exterritoriaes, quando acompanhem os subditos no estrangeiro e reciprocamente deixem de applicar-se aos estrangeiros no territorio do legislador. Nas relações internacionaes a lei tem de sacrificar uma das suas qualidades, ou a *generalidade* ou a *permanencia*. Sacrificando a generalidade, é exterritorial e acompanha os nacionaes em país estrangeiro; sacrificando a permanencia, é territorial e applica-se só aos individuos que estiverem dentro do territorio do estado legislador, mas applica-se a todos que ahi se encontrarem. O problema dos conflictos está, pois, em determinar as leis que devem ser consideradas territoriaes e aquellas que devem tornar-se exterritoriaes.

Para attribuir a uma lei a qualidade de territorial ou exterritorial, julga PILLET que o melhor criterio a seguir é attender ao effeito social da mesma lei. E assim deverá a lei ter uma ou outra qualidade, segundo seja a territorialidade ou a exterritorialidade que melhor assegure o seu effeito util e a sua função social.

A função social da lei determina-a pelo fim a que a lei é destinada, ou seja pela necessidade social a que ella pretende dar satisfação, pois que o fim procurado é na realidade a alma da lei, é toda a lei, visto esta não ter em si mesmo a sua razão de ser, mas sim no fim social que realiza. «É, pois, escreve, a consideração do fim da lei que vae guiar-nos na solução a dar aos conflictos que se apresentarem. Investigaremos, em cada caso, qual é das duas qualidades territorialidade ou exterritorialidade a que melhor se accomoda ao fim das leis

---

<sup>1</sup> *Oh. cit.*, pag. 270.

em conflicto. A solução assim encontrada impôr-se-á por um duplo titulo, porque corresponde á natureza da lei e porque é a unica obrigatoria para os estados» <sup>1</sup>. Se estes se devem o respeito mutuo da sua soberania e das suas leis, devem por certo acatar as soluções que melhor assegurem a função social das mesmas leis. «A nossa doutrina, acrescenta, consiste em dar em cada caso a preferencia á lei que melhor corresponde ao fim da instituição juridica de que se tracta, em escolher a lei pessoal das partes quando o fim social da lei requer sobretudo que este seja permanente, e a lei do territorio onde o acto se houver passado quando o fim da lei exige a sua generalidade de applicação» <sup>1</sup>.

Assente este principio, passa o auctor a fazer uma classificação das leis segundo o seu fim social. Essa classificação resulta da missão pratica dos legisladores, que é disciplinar a vida dos individuos em sociedade, realizando o accordo dos interesses divergentes que ella reúne e aproxima em um só grupo. Estes interesses são de duas especies — os interesses sociaes communs a todos os membros da sociedade — e os interesses individuaes que variam de pessoa para pessoa e constituem o *patrimonio* de cada um. Todos estes interesses devem ser protegidos e garantidos por maneira, que nem o individuo seja sacrificado á sociedade nem a sociedade sacrificada aos individuos, e antes se estabeleça uma formula de justo equilibrio que realize a coordenação entre os direitos de todos e de cada qual. Consequentemente a lei tem um de dois destinos, ou proteger os individuos ou garantir a ordem social, e porisso as leis se dividem naturalmente em *leis de protecção individual* e *leis de garantia social* ou *leis de ordem publica*, segundo attendem ao interesse *pessoal* de cada um ou ao interesse *impessoal*

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pagg. 277.

da collectividade. Mas a protecção, quer dos individuos quer das collectividades, só será efficaz quando constante e quando constantemente se possa tornar effectiva, e portanto as leis de protecção individual sómente preencherão o seu fim quando acompanhem os individuos na sua mudança de país, quando sejam de applicação *permanente*, quando sejam *extritoriaes*, e as leis de garantia social sómente assegurarão a ordem publica quando obrigatorias para todos, nacionaes ou estrangeiros, que se encontrem no territorio, quando sejam de applicação *geral*, quando sejam *territoriaes*.

Esta classificação das leis com a respectiva qualificação de extritoriaes ou territoriaes completa os elementos fundamentaes da theoria de PILLET. Na ordem internacional não podem as leis conservar a sua dupla qualidade de permanencia e de generalidade; a construcção duma theoria de conflictos exige o sacrificio dalguma dessas qualidades; deve ser sacrificada a lei de função social menos util; nas de protecção individual deve preponderar a permanencia e nas de garantia social vencer a generalidade; o conflicto resolve-se, assim, pela natureza da lei determinada pelo seu fim social. E na doutrina de PILLET a extritorialidade das leis de protecção individual e a territorialidade das leis de garantia social não têm o valor duma regra e duma excepção, mas são duas regras paralelas de igual valor. «Não temos uma regra e uma excepção, como queria a escola italiana, mas duas regras paralelas, fundadas no mesmo principio, dotadas do mesmo valor».

Ainda PILLET considera, ao lado das leis de protecção individual e de garantia social, que são as verdadeiras leis emquanto obrigam as pessoas á pratica ou omissão de determinados actos, dois outros grupos de leis: 1.º) as *leis suppletivas* ou *interpretativas*, que são antes leis de *conselho* do que leis de *ordem* e deixam ao individuo a liberdade de as seguir ou não segundo a sua preferencia, uma vez que manifeste a sua

vontade em harmonia com as formalidades estabelecidas, a respeito das quaes segue o principio da autonomia da vontade formulada por DUMOULIN e seguido depois geralmente pelos internacionalistas; 2.º) e as *leis de fórma*, a que assigna uma natureza mixta entre as leis obrigatorias e as leis facultativas, já que a fórma na generalidade dos casos apenas interessa á prova do direito e não á sua existencia, e para cujo regimen internacional adopta o principio *locus regit actum*, tambem já formulado nos systemas anteriores.

Éis o systema de PILLET nas suas linhas geraes. Ninguem deixará de ver nelle uma synthese dos elementos já creados para a constituição da theoria dos conflictos e um notavel aperfeçoamento sobre os systemas anteriores relativamente ao problema fundamental do direito internacional privado. Para PILLET, como para os estatutarios, nem todas as leis podem ser territoriaes, pois que isso é contrario á estabilidade necessaria á situação juridica das pessoas, pelo que deve haver um estatuto pessoal dotado da exterritorialidade; mas, como para as theorias allemãs, as limitações da territorialidade, e portanto o reconhecimento e applicação das leis estrangeiras, não representam um acto de cortesia, um favor do estado local, mas uma obrigação juridica derivada do principio da communidade de direito que domina as relações dos estados civilizados; como para SAVIGNY, a natureza das relações juridicas deve ser o guia na resolução dos conflictos e as exigencias do interesse geral do estado local devem restringir a applicação das leis estrangeiras; como para a escola italiana, deve assegurar-se ao individuo a necessaria protecção nas relações internacionaes, para elle exercer eficazmente a sua actividade; como para LAURENT, a personalidade e a realidade devem equiponderar-se na construcção da theoria dos conflictos; como, emfim, para a generalidade dos escriptores, acceita o principio da autonomia da vontade na esphera das leis interpretativas, e o principio

*locus regit actum* para regular a fórmã externa dos actos. Mas PILLET, em divergencia: com a doutrina dos estatutos, não quer a personalidade como uma excepção, mas como uma regra no direito internacional privado; com os escriptores allemães, quer um criterio definido para a escolha da lei reguladora das relações juridicas; com SAVIGNY, não se contenta com a ideia vaga da natureza da relação juridica, mas determina a natureza da lei pelo seu fim, já que a lei não existe senão em vista do seu fim social; com a escola italiana, não acceta a personalidade do direito como unico principio da theoria dos conflictos apenas limitado por algumas disposições de excepção; em parte com LAURENT, não faz das excepções ao principio da personalidade o principio da territorialidade, mas deriva este principio directamente da necessidade de garantir as condições essenciaes á existencia pacifica das collectividades nacionaes. PILLET, emfim, aproveita o que existe, mas melhora-o, enquanto ensina que no conflicto de leis deve ceder a de menor effeito social, que esse effeito se deve determinar pelo fim das leis, que, pelo fim, estas se classificam naturalmente em leis de protecção individual e leis de garantia social, que as primeiras se devem considerar exterritoriaes e territoriaes as segundas, e que umas serão de applicação permanente e as outras de applicação geral.

44. Num livro de combate e de critica por vezes inclemente, tentou VAREILLES-SOMMIÈRES mostrar a insufficiencia e falta de originalidade das doutrinas modernas sobre a resolução dos conflictos, assim como restaurar a theoria dos estatutos, que, a seu ver, tinha sido acceta pelas theorias posteriores no que ellas apresentam de verdadeiro e acceptavel <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *La synthèse du droit internationale privé.*

Reduz o auctor a theoria estatutaria aos seis seguintes principios :

I. As leis dum estado regem uniformemente a conducta de todas as pessoas, nacionaes ou estrangeiras, que se encontrem dentro do territorio do mesmo estado.

II. Em geral, as leis dum estado não regem, fóra do territorio deste estado, a conducta de qualquer pessoa, seja nacional ou estrangeira.

III. As leis sobre o estado e capacidade acompanham as pessoas e devem ser-lhes applicaveis em toda a parte.

IV. Os bens moveis são regidos pela lei do domicilio do proprietario sob o ponto de vista dos direitos de successão e sob o ponto de vista dos direitos de preferencia.

V. As leis suppletivas ou interpretativas dum estado não se applicam aos actos realizados no seu territorio quando as partes manifestam, expressa ou tacitamente, a intenção de adoptar as leis doutro estado.

VI. A fórma externa dos actos é regulada pela lei do logar da sua celebração.

Só os dois primeiros são, como o auctor confessa, propriamente verdadeiros principios, isto é, regras geraes. Os demais são excepções aos dois primeiros ou excepções ás excepções, embora bastantemente importantes para se poderem formular como principios.

Os dois principios fundamentaes representam a dupla manifestação da ideia da territorialidade das leis, a qual se traduz na proposição de que as leis obrigam universalmente dentro do territorio do estado e deixam de ser obrigatorias fóra do mesmo territorio.

O primeiro principio justifica-o VAREILLES-SOMMIÈRES dizendo que o estado *pode*, e até *deve*, impor legitimamente as suas leis a todos os que se encontrem no territorio, pois que os estrangeiros, que entram no territorio do estado, fazem

parte, embora momentaneamente, da sociedade civil ahi existente, se bem que não deixem de ser membros da sociedade civil a que pertenciam exclusivamente até ahi, e, sendo membros da sociedade local, devem sujeitar-se a todas as condições desta sociedade e obedecer a todas as leis que a regem, e accrescentando que o estado *quer* effectivamente impor as suas leis aos estrangeiros, pois a verdade é que o estado ou estabelece regras geraes applicaveis a nacionaes e estrangeiros, ou, quando admite a applicação de leis estrangeiras, tornam-se estas parte integrante da legislação que as tolera. Assim justificado o principio, determina o auctor o seu alcance e é que — os actos celebrados num estado em harmonia com as suas leis devem ser validos em relação a todos os outros estados, assim como quando nullos, por contrarios a essas leis, nullos devem ser considerados em toda a parte.

O segundo principio apoia-o VAREILLES-SOMMIÈRES no duplo motivo de que o estado não pode executar as suas leis contra os nacionaes que se encontrem dentro do territorio doutros estados, porque a isso se oppõe o principio da independencia mutua dos estados, e de que, embora o direito internacional publico não obste a que um estado torne as suas leis obrigatorias para os seus nacionaes que se encontrem em país estrangeiro e os sujeite, quando voltem ao país, ás consequencias do não cumprimento dessas leis, como acontece designadamente em materia de estado e capacidade, em geral não deve o estado proceder por essa forma e, na duvida, não deve crer-se que assim o quisesse fazer, já porque ordinariamente o estado se desinteressa por completo dos actos que os seus nacionaes praticam no estrangeiro, já porque seria impossivel em muitos casos aos seus subditos conformarem-se com as leis nacionaes, já porque a maior parte das leis tẽem a sua razão de ser nas circunstancias geographicas ou sociaes e portanto são improprias para meios differentes daquelles em que foram promulgadas.

Tentou assim VAREILLES-SOMMIÈRES defender com razões novas a theoria dos estatutos e rehabilitá-la como a verdadeira doutrina da resolução dos conflictos. Parece, porém, que semelhantes razões não têm a força sufficiente para operar a resurreição da theoria já abandonada pela generalidade dos escriptores.

A affirmação de que o estado pode e deve applicar aos estrangeiros as suas leis porque os estrangeiros que antram no territorio se tornam membros da sociedade civil local, sem deixarem de pertencer á sociedade constituída pelo estado de origem, poderia significar que o individuo pode ter duas nacionalidades, e é decididamente contraria á theoria da nacionalidade como elemento de differenciação entre nacionaes e estrangeiros e como meio de ligação entre o individuo e um determinado estado e em harmonia com a qual os estados modernos, dada a sua interdependencia e solidariedade, devem considerar os subditos dos outros estados como pessoas estrangeiras, para o effeito de não estorvarem o cumprimento dos seus deveres para com o estado de origem e para reconhecerem as suas leis quando estas sejam as mais adequadas para tornar justo o regimen juridico das relações internacionaes. Semelhante affirmação não passa do exaggero duma ideia justa, qual é a de que os estrangeiros devem subordinar-se a um certo numero de leis do estado local, que são aquellas que organizam a ordem publica local e que obrigam egualmente nacionaes e estrangeiros.

Não é mais procedente a affirmação de que o estado *quer* que as suas leis se apliquem tanto a nacionaes como a estrangeiros por as mais das vezes as formular dum modo generico e por isso tanto para nacionaes como para estrangeiros e, quando manda applicar ás leis estrangeiras, estas se integrarem na legislação nacional. A verdade é que os estados admittem muitas vezes, expressa ou tacitamente, as leis estrangeiras, e que,

embora o façam por iniciativa propria, a sua vontade é determinada pelas necessidades e interesses da vida internacional, pelo respeito da soberania dos outros estados e pela convicção de que a territorialidade das leis é incompatível com as exigencias da communitade internacional. As leis estrangeiras integram-se na legislação nacional no sentido de participarem da sua força obrigatoria, mas quem as faz e modifica são os legisladores dos outros estados, porque são elles os reconhecidos como competentes para organizar as leis de protecção dos seus nacionaes ou dos domiciliados no país.

O que resta do primeiro principio é o valor internacional dos actos praticados num país em harmonia com as suas leis, embora deva accrescentar-se que isto só poderá succeder quando essas leis sejam as competentes para os regular e que os effeitos dum acto não poderão produzir-se nos países em que sejam contrarios ás leis de garantia social.

O segundo principio, é o proprio VAREILLES-SOMMIÈRES que o modifica, se o não destroe, afirmando, por uma parte, que o direito internacional publico se não oppõe a que o estado imponha as suas leis aos nacionaes que estão no estrangeiro, e admittindo, por outra parte, leis exterritoriaes, como são as leis relativas ao estado e á capacidade. Ha certamente contradicção em afirmar que as leis só obrigam dentro do territorio do estado e depois admittir leis de efficacia exterritorial. É em certo modo *exterritorializar* a territorialidade. Além de que, os fundamentos adduzidos em apoio de tal principio são pouco convincentes. Não se pode dizer que o estado se desinteresse ordinariamente dos actos que os seus nacionaes praticam no estrangeiro, pois, para mostrar o contrario, ali estão os tratados em que se regula a situação dos nacionaes em país estrangeiro, bem como os consulados que sob tantos aspectos revelam o interesse do estado pelos seus nacionaes ainda fóra do país e facilitam a applicação das leis fóra do estado. Depois, se

as leis variam com os meios geographicos e sociaes, é muito natural que ás pessoas que nasceram e se desinvolveram num determinado meio sociologico se applichem as leis formuladas em harmonia com as circumstancias desse meio, pois serão naturalmente as mais proprias para regular o exercicio da sua actividade. É exactamente nesse fundamento que muitos escriptores baseiam a exterritorialidade das leis de estado e capacidade.

Embora uma tentativa interessante de restauração da theoria dos estatutos, não parece, pois, a doutrina de VAREILLES-SOMMIÈRES destinada a fazer voltar os espiritos á orientação scientifica dos juriconsultos estatutarios. Em todo o caso, teve a doutrina o merito, como nota PILLET, de mostrar que o character territorial ou exterritorial da lei é um character que se impõe mesmo ás soberanias estrangeiras <sup>1</sup>.

45. Inventariando os elementos com que, successivamente, as differentes correntes doutrinaes tẽem concorrido para a constituição da theoria dos conflictos, verificamos: 1.º que todas se decidiram pelo reconhecimento de leis *personales exterritoriales* destinadas a assegurar a situação juridica do individuo nas relações internacionaes; 2.º que as theorias allemãs elevaram aquelle reconhecimento á altura dum *principio juridico* derivado da ideia da commuidade de direito disciplinadora das relações dos estados civilizados, puseram em relevo a necessidade de attender á natureza das relações juridicas para determinar a sua lei reguladora, e marcaram no interesse commum do estado local o limite da applicação das leis estrangeiras; 3.º que a escola italiana veio salientar o respeito devido aos direitos do individuo na ordem internacional e ás leis do estado de que elle é nacional na organização da sua protecção pessoal; 4.º que as doutrinas mais recentes procuram a coor-

<sup>1</sup> *Droit international privé*, pag. 210.

denação da personalidade com a territorialidade, coordenação que, segundo o systema de PILLET, se consegue declarando exterritoriaes as leis de protecção individual e territoriaes as de garantia social.

E, porque precisamos de partilhar neste patrimonio scientifico, diremos que: ao nosso espirito se impõe, em nome da estabilidade necessaria á condição juridica das pessoas, o reconhecimento de leis pessoas que acompanhem os individuos por toda a parte, lhes precisem o estado e a capacidade e definam a sua situação juridica diante da soberania territorial; pensamos que só com o valor e com a força duma obrigação juridica poderá o reconhecimento das leis estrangeiras dotar os individuos da segurança indispensavel á pratica do commercio internacional; só na justa coordenação dos principios da personalidade e da territorialidade vemos o equilibrio estavel entre os direitos dos estrangeiros e os direitos das collectividades nacionaes; consideramos a personalidade e a exterritorialidade como os caracteres das leis de protecção individual e a territorialidade e a generalidade as characteristics das leis de garantia social; admittimos como criterio desta distincção das leis o seu fim immediato de defesa do interesse singular dos individuos ou dos interesses communs da collectividade. Affeiçoamos assim das differentes escolas o que ahi encontramos de util para a resolução dos conflictos de leis de ordem privada, e acceitamos as innovações de PILLET, pois não encontramos ainda soluções mais perfectas, embora confessemos, e de resto com elle mesmo, que os seus principios não resolvem todas as difficuldades e que na apreciação do fim de cada lei e portanto na sua classificação ainda por vezes ha de apparecer o arbitrio. Os fundamentos da doutrina por nós adoptada, exposta agora sob a fórmula de theses geraes, apparecem nas paginas anteriores, em que apresentamos ou criticamos as theorias dos differentes escriptores.

## § II

Desenvolvimento da theoria dos conflictos nas legislações <sup>1</sup>  
e nos tratados

SUMMARIO: — 46. Systema dos principios geraes de direito internacional privado. Sua formação na evolução doutrinal. — 47. Influencia do systema na evolução legislativa. — 48. Destino do systema dos principios geraes nos tratados declaradores de direito internacional privado. Tratados de Lima de 1878 e de Montevideo de 1889, e convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905. — 49. Valor positivo do systema no estado actual da sciencia do direito internacional privado. — 50. Correntes do direito positivo quanto á resolução dos conflictos.

46. A evolução da doutrina estatutaria conduziu á acceitação geral, pela escola franceza do seculo XVI, da classificação dos estatutos em *pessoaes* e *reaes*, e ao reconhecimento final do estatuto *mixto*, pela escola hollandesa do seculo XVII. E, apesar das divergencias entre os juriconsultos estatutarios ácerca da definição e alcance de cada um dos estatutos, havia em relação a cada estatuto um typo a respeito do qual estavam de accordo. O typo do estatuto pessoal era o estatuto relativo ao *estado e capacidade das pessoas*; o typo do estatuto real era o estatuto respeitante á *propriedade immovel*; e o typo do estatuto mixto era o estatuto referente á *fórma dos actos juridicos*. Quanto ao estado e capacidade das pessoas accordavam em que não devia regulá-los de modo absoluto a lei do logar em que as pessoas se encontrassem, mas devia prevalecer a lei do *domicilio*; quanto ao regimen dos immoveis, davam

<sup>1</sup> JITTA, *Le méthode du droit international privé*, pagg. 120 e segg. e 258 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, pagg. 180 e segg.

preponderancia á *lex rei sitae*; e quanto á fórma dos actos, reconheciam a preponderancia da lei do logar da celebração pela admissão do adagio *locus regit actum*.

Sobre os tres typos estatutarios construiu a sciencia moderna o systema dos *principios geraes de direito internocional privado*, adoptado por muitos escriptores e consagrado já por muitos legisladores. Este systema consiste no reconhecimento dum certo numero de regras geraes que abracem todos os grupos de relações juridicas e dêem o caracter de certeza ao direito internacional privado pela applicação dessas regras na resolução dos conflictos das leis privadas.

O desinvolvimento e acceitação do systema foram favorecidos pela doutrina de SAVIGNY, que, estabelecendo o principio fundamental de que cada relação juridica deve ser regulada pela lei mais conforme á sua natureza, formulou regras geraes para os differentes grupos de relações juridicas, como acima dissemos.

Os tres estatutos typos originaram tres principios geraes, relativos á determinação da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, do regimen dos bens immoveis, e da fórma externa dos actos.

A doutrina estatutaria estabelecera que o estado e capacidade das pessoas não deviam ser submettidos dum modo geral á lei territorial. Nesta regra negativa accordaram os escriptores modernos. Mas, ao dar-lhe um valor positivo, isto é, ao determinar a lei que deve regular a situação das pessoas quanto ao seu estado e capacidade, ao passo que os estatutarios seguiam o principio da lei do domicilio, os modernos dividiram-se, optando uns pela lei do domicilio e outros pela lei nacional. Todavia, ou se pronunciasssem por uma ou por outra lei, formularam o principio geral de que o estado e capacidade devem ser regulados pela lei pessoal.

O segundo principio geral derivou do typo do estatuto real,

consistindo em submeter á *lex rei sitae* os bens immoveis, considerados em si mesmos, e não nas suas relações com as pessoas quer quanto ao seu estado e capacidade quer quanto ao seu patrimonio encarado como uma universalidade de bens.

O estatuto mixto produziu o principio da subordinação dos actos juridicos, quanto á fórma, á lei do logar da celebração. O principio abrange, porém, simplesmente as formalidades extrinsecas do acto, sendo estranho ás formalidades habilitantes, isto é, formalidades destinadas a completar a capacidade limitada de certas pessoas, ás formalidades intrinsecas, ou condições de fundo dos actos, ás formalidades executivas, ou formalidades proprias para fazer valer em juizo os direitos resultantes dos mesmos actos, bem como ás formalidades de publicação, ou formalidades tendentes a assegurar o credito publido e os direitos de terceiro.

Os tres principios eram, porém, insufficientes para regular todos os grupos das relações juridicas que formam o direito privado, e porisso prócuraram os escriptores formular outros principios que completassem o systema. Assim, por exemplo, o segundo principio não compreendia nem os moveis nem o patrimonio considerado como uma universalidade de bens, e o terceiro não dizia nada sobre o conteúdo dos actos juridicos, que por certo sobreleva á fórma externa. Daqui a necessidade de novos principios que regessem — os *bens moveis*, que uns sujeitaram á lei da situação e outros á lei pessoal do proprietario, — as *successões*, ora submettidas á lei pessoal do auctor da herança, ora á lei da situação dos bens — a *fallencia*, para que estes tornam competente a lei do domicilio do commerciante e aquelles a lei da sua nacionalidade, — os direitos e obrigações resultantes dos *contractos*, que a generalidade dos auctores subordina ao principio da autonomia das partes, havendo, porém, graves divergencias quando as partes não tenham escolhido uma lei determinada, — etc.

\*

Além disso, qualquer dos principios formulados, podendo conduzir á applicação das leis estrangeiras, podia igualmente determinar o reconhecimento de leis contrarias aos interesses communs da sociedade local e dahi o reconhecimento geral dum novo principio *limite* á applicação das leis estrangeiras quando ellas fossem contrarias aos fundamentos da ordem publica local. Esse novo principio affirmou a territorialidade e a applicação geral das leis de interesse e ordem publica ou leis de garantia social.

Mas, á medida que novos principios se formulavam, novas lacunas se descobriam, outros principios se tornavam necessarios para a regulamentação das relações internacionaes de character privado, e os escriptores foram multiplicando o numero dos principios geraes, até que o systema pudesse abranger todas as instituições de direito privado.

A elaboração doutrinal foi, porém, ainda mais longe. Reconheceram os internacionalistas a insufficiencia dos principios geraes, e porisso, considerando-os apenas como grandes normas de *orientação* para o estudo dos problemas de conflictos, aproximaram-se pouco e pouco do exame das differentes instituições de direito privado sob o ponto de vista internacional; para em relação a cada uma adoptarem as soluções que melhor traduzissem a efficacia das leis privadas, isto é, procuraram formular as regras que deviam constituir o regimen juridico internacional de cada uma das instituições do direito privado.

Por outro lado, o principio de que as leis de interesse ordem publica são territoriaes e constituem o limite de applicação das leis estrangeiras era demasiadamente vago e deixava largo campo ao arbitrio dos tribunaes, e por isso procuraram os internacionalistas determinar as leis de ordem publica para precisar o limite de applicação das leis estrangeiras.

E assim, o systema dos principios geraes representou, no seu apparecimento, o aproveitamento dos resultados positivos

da doutrina estatutaria e, no seu desenvolvimento, a tendencia para determinar concretamente o regimen juridico internacional das diversas instituições do direito privado.

47. O systema dos principios geraes tem influenciado preponderantemente as legislações na determinação das regras de resolução dos conflictos, observando-se, comtudo, na evolução legislativa uma tendencia semelhante, embora menos pronunciada, á que se verifica na evolução doutrinal, isto é, a tendencia para ampliar progressivamente as regras de conflictos em ordem a corrigir a indeterminação dos principios geraes e a definir cada vez melhor o regimen juridico internacional das relações jurídicas. É o que mostra á evidencia o estudo dos diplomas legislativos desde o código Napoleão até ás leis mais recentes sobre direito internacional privado. Referimos algumas dessas legislações, para verificarmos o sentido da sua evolução.

O código civil francês formula as suas disposições sobre conflictos no art. 3.<sup>o</sup> nestes termos: a) «As leis de policia e de segurança obrigam todos os que habitam o territorio; b) Os bens immoveis, mesmo os possuidos por estrangeiros, são regidos pela lei francêsa; c) As leis concernentes ao estado e á capacidade das pessoas regem os francêses, ainda que residentes em país estrangeiro».

Limita-se assim o código Napoleão a formular tres principios geraes: a personalidade das leis referentes ao estado e capacidade das pessoas, a territorialidade das leis que estabelecem o regimen dos bens immoveis, e a territorialidade das leis de policia e de segurança, ou, dum modo geral, das leis de ordem publica. Nos dois primeiros principios vê-se claramente a influencia da doutrina estatutaria, embora com uma lacuna e uma modificação. A lacuna está em não determinar qual a lei reguladora do estado e capacidade dos estrangeiros em França, que comtudo a doutrina e a jurisprudencia têm preenchido

pronunciando-se pela applicação da lei nacional dos estrangeiros. A modificação resulta da substituição da lei nacional á lei do domicilio, que era a lei pessoal segundo a doutrina estatutaria. A motivo da modificação foi duplo. Por um lado o codigo civil veio unificar o direito francês e assim acabar com as divergencias do direito local que eram causa dos conflictos que a theoria dos estatutos se propuncha principalmente resolver, e assim acabavam os conflictos na esphera do direito nacional para só prevalecerem os conflictos de ordem internacional. A divergencia estatutaria de domicilio era pois substituida por uma divergencia legislativa de nacionalidade e os dois principios succediam-se logicamente. Por outro lado, a subordinação dos francêses ás leis do seu país em materia de estado e de capacidade ainda quando estivessem fóra do país era mais um meio de os conservar unidos á nação francêsa. E, por tal fórma, o codigo Napoleão lança no campo legislativo o principio da nacionalidade, o qual, no decorrer dum seculo, dominaria quasi integralmente o direito europeu e já iria informar legislações extra-europêas.

Se do codigo francês passamos ao dodigo italiano, promulgado em 1856 nota-se de modo frisante que elle consagra o systema dos principios geraes, que o systema apparece mais completo, que já se manifesta a tendencia para regular especificadamente o regimen internacional das relações juridicas, e que se procura precisar as leis de interesse e ordem publica. Eis o systema do codigo italiano :

a) O estado e capacidade das pessoas, assim como as relações de familia, são regidos pela lei da nação a que ellas pertencem (Titulo preliminar, art. 6.º).

b) Os bens moveis estão sujeitos á lei nacional do seu proprietario, salvas as disposições contrarias da lei do país onde estiverem situados, e os bens immoveis estão sujeitos á lei do logar da situação (Tit. cit., art. 7.º).

c) As successões legitimas e testamentarias, tanto no que respeita á ordem da successão como relativamente á medida dos direitos successorios e á validade intrinseca das disposições, são reguladas pela lei nacional do auctor da herança, qualquer que seja a natureza dos bens e seja qual for o país da sua situação (Tit. cit. art. 8.º).

d) A fórma extrinseca dos actos entre vivos e de ultima vontade é regulada pela lei do logar da celebração. Os disponentes ou contractantes tõem, porém, a faculdade de seguir a sua lei nacional, contanto que esta seja commum a todas as partes (Tit. cit., art. 9.º).

e) A substancia e effeitos das doações e das disposições de ultima vontade são regulados pela lei nacional do doador ou disponente, e a substancia e effeitos dos contractos pela lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha das partes, pela lei do logar da celebração, ou pela lei nacional das partes, quando estas pertencam á mesma nação (Tit. cit., art. 9.º).

f) A competencia e a fórma de processo são regidas pela lei do país do tribunal; os meios de prova das obrigações são determinados pela lei do logar da celebração dos respectivos actos; as sentenças pronunciadas por tribunaes estrangeiros serão executadas no reino quando declaradas executivas na fórma estabelecida pelo codigo de processo civil<sup>1</sup>; os modos de execução dos actos e das sentenças são regulados pela lei do logar em que se proceder á execução (Tit. cit., art. 10.º).

---

<sup>1</sup> O codigo de processo civil italiano estabelece, quanto á revisão das sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, o systema da *delibação*, isto é, um systema segundo o qual o tribunal encarregado de rever a sentença não conhece *de merito* do pleito, mas se limita a verificar se as partes foram regularmente citadas, se foram legalmente representadas ou legalmente reveis, e se a sentença contem disposições contrarias á ordem publica ou ao direito publico interno do reino. (Codigo do processo civil de 1865, art. 941.º).

g) As leis penaes e de policia e segurança publica obrigam todos os que se encontram no territorio do reino (Tit. cit, art. 11.º).

h) Em caso nenhum as leis, actos e sentenças dum pais estrangeiro, bem como as disposições e convenções privadas, poderão derogar as leis *prohibitivas* do reino que respeitam ás pessoas, aos bens e aos actos, nem as leis de qualquer modo referentes á ordem publica e aos bons costumes (Tit. cit., art. 12.º).

O codigo italiano consagra claramente o principio da personalidade das leis defendido pela escolha italiana fundada por MACCINI, applicando a lei nacional ao estado e capacidade, aos bens moveis, ás successões, á fórma dos actos entre individuos da mesma nacionalidade, aos effeitos das doações e testamentos, e aos effeitos das obrigações quando os contraentes sejam da mesma nacionalidade, e modificando o principio com as excepções da *autonomia da vontade* quanto aos effeitos dos testamentos e dos contractos, da *fórma dos actos* quando as partes não sejam da mesma nacionalidade ou não queiram seguir a lei nacional, e da *ordem publica internacional*, emquanto sujeita nacionaes e estrangeiros ás leis penaes, de policia e de segurança, ás leis prohibitivas e ás leis que dalgum modo se refiram á ordem publica e aos bons costumes. E, se attendermos a que o mesmo codigo ainda formúla principios quanto á lei reguladora da competencia dos tribunaes, da fórma do processo e dos meios de prova, quanto á admissibilidade da execução das sentenças estrangeiras e quanto á lei reguladora do modo de execução dos actos e sentenças estrangeiras, verificamos que elle desinvolveu largamente o systema apenas esboçado pelo codigo francês e procurou formular regras geraes para regular os grandes grupos das relações juridicas internacionaes de character privado.

Cumpre ainda notar que, reconhecendo a territorialidade

das leis de ordem publica, especificou já algumas dessas leis, deixando embora em pé o principio geral e indeterminado para limitar a applicação das leis estrangeiras.

Por fim, o codigo italiano, como já tinha especificado a lei reguladora das relações de familia dum modo geral, assim tambem já especificou principios a respeito da celebração do casamento, determinando nos artt. 102.<sup>o</sup> e 103.<sup>o</sup> que a capacidade matrimonial dos estrangeiros é regulada pela sua lei nacional, embora os sujeite a certos impedimentos (idade, casamento não dissolvido, parentesco, etc.) estabelecidos pela lei italiana, que os mesmos estrangeiros devem apresentar ao official do estado civil uma declaração da auctoridade competente do seu país, donde conste que, segundo a sua lei nacional, nada obsta ao casamento, e que, quando domiciliados no reino, devem proceder ás publicações estabelecidas pela mesma lei italiana.

Embora com menos precisão, o systema dos principios geraes com tendencia para a especialização é seguido pelo codigo civil portuguez de 1867 e pelo codigo commercial de 1888. Do confronto e approximação desses codigos, verifica-se que elles sancionam os seguintes principios.

a) O estado e capacidade das pessoas são regulados pela sua lei nacional (cod. civ., artt. 24.<sup>o</sup> e 27.<sup>o</sup>; cod. com., art. 12.<sup>o</sup>).

b) Os bens immoveis são regulados pela lei do logar da situação (cod. civ., artt. 24.<sup>o</sup>, 964.<sup>o</sup> e 1107.<sup>o</sup>).

c) A fórma externa dos actos é regulada pela lei do logar da celebração (cod. civ., artt. 24.<sup>o</sup> e 2430.<sup>o</sup>; cod. com., art. 4.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup>).

d) A substancia e effeitos dos contractos são regulados pela lei escolhida pelas partes e, no silencio das partes, pela lei do logar da celebração (cod. com., art. 4.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1).

e) O modo de cumprimento dos contractos é regulado pela lei do logar da execução (cod. com., art. 4.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2).

f) As sentenças proferidas no estrangeiro poderão ser exe-

cutadas no reino depois de revistas pelas relações em juízo de delibação (cod. civ., art. 31.º; cod. proc. civ., artt. 1087.º e segg.).

g) As leis, actos e sentenças estrangeiras não poderão tornar-se effectivos no reino, quando forem contrarios aos principios do direito publico portuguezs ou aos principios de ordem publica (cod. com., art. 4.º, § unico; cod. proc. civ. art. 1088.º, § 1.º, n.º 5).

Consequentemente, apparecem nas leis portuguezas manifestações de principios geraes de direito internacional privado quanto ao estado e capacidade das pessoas, quanto á propriedade de immoveis, quanto á fórma externa dos actos, quanto aos effectos e modo de cumprimento dos contractos, quanto á execução de sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, e quanto á territorialidade das leis de ordem publica, se bem que o systema seja visivelmente mais imperfeito que o italiano, pois nem ha principios relativamente aos moveis, ás successões, aos effectos das doações e testamentos e á lei reguladora da competencia e fórma de processo, nem se faz qualquer especificação das leis de ordem publica.

Ao lado de principios geraes, ha revelações da tendencia para determinar o regimen das differentes instituições juridicas. É o que se verifica, dentro do codigo civil, em materia de casamento, determinando os artt. 1065.º e 1066.º que os casamentos celebrados em pais estrangeiro entre portuguezs ou entre conjuges portuguezs e estrangeiros produzirão effectos no reino desde que, quanto aos conjuges portuguezs, se verifiquem as condições exigidas pela lei portugueza e, quanto á fórma do contracto, se siga a lei do logar da celebração, e dispondo os artt. 1106.º e 1107.º que as convenções antenupciaes estipuladas em pais estrangeiro entre subditos portuguezs são reguladas pela lei portugueza, e as estipuladas entre conjuges portuguezs e estrangeiros são reguladas pela lei escolhida pelas partes, e, no silencio das partes, pela lei do

conjuge varão, bem como em materia de testamentos, dizendo os artt. 1961.º e 1965.º que os portuguezes em país estrangeiro podem testar pela fórma authentica estabelecida pela lei local e que o testamento feito por estrangeiros em país estrangeiro produzirá effeitos no reino quando se observem as disposições da lei do país onde fôr feito; e, dentro do codigo commercial, em materia de propriedade de navios ou de privilegios sobre o frete ou sobre a carga, mandando o art. 488.º applicar a lei da nacionalidade do navio ao tempo da adquisição do direito que fôr objecto de contestação, quanto á organização do rol da tripulação e á constituição de hypothecas sobre navios, determinando os artt. 516.º, §§ 2.º e 3.º, e 591.º, §§ 1.º e 2.º que os respectivos contractos sejam realizados, em país estrangeiro, nos consulados portuguezes ou no diario da navegação, e portanto segundo a lei portugueza, em materia de avarias, submettendo-as o art. 650.º á lei do logar onde fôr entregue a carga, em materia de abalroação, mandando o art. 674.º regular as questões a ella relativas pela lei local quando a abalroação se dê nos portos ou aguas territoriaes, pela lei da nacionalidade do navio quando se dê no alto mar entre navios da mesma nacionalidade, e pela lei nacional de cada um dos navios para a determinação da respectiva responsabilidade quando se dê no alto mar entre navios de differentes nacionalidade, e em materia de salvação e assistencia marítima, mandando o art. 690.º determinar a remuneração duma ou doutra pela lei do logar onde se verificar quando se dê nos portos, rios ou aguas territoriaes, ou pela lei da nacionalidade do navio quando se dê no alto mar<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nos artigos 10.º, 11.º, 50.º, 52.º e 53.º do decreto de 21 de outubro de 1907 egualmente se estabelecem algumas regras especiaes respeitantes ao exercicio da industria dos seguros em Portugal por sociedades estrangeiras.

O systema dos principios geraes com tendencia para a especialização é ainda claramente estabelecido em outras legislações, como — o codigo argentino de 1871 (artt. 6.º a 14.º, 409.º, 410.º, 1181.º, 3283.º, 3286.º, 3611.º e 3612.º), completado pela lei sobre o casamento civil de 1888 (artt. 3.º a 6.º, 86.º e 87.º)<sup>1</sup>, — o codigo geral dos bens, do Montenegro, de 1888 (artt. 5.º a 9.º e 786.º a 800.º), — o codigo civil hespanhol de 1889 (artt. 8.º, 9.º, 10.º, 14.º, 55.º, 91.º, 732.º, 733.º, etc.), — a lei suissa de 15 de junho de 1891<sup>2</sup>, comparada com o art. 822.º do codigo federal das obrigações de 1882, e completada pelo codigo civil de 10 de dezembro de 1907<sup>3</sup> (titulo final, art. 61.º), — o decreto congolês de 20 de fevereiro de 1891 (artt. 2.º a 9.º)<sup>4</sup>, — a lei de introdução do codigo civil allemão de 18 de agosto de 1896 (artt. 7.º a 30.º)<sup>5</sup>, — e a lei japonesa de 15 de junho de 1898 (artt. 3.º a 30.º)<sup>6</sup>. Destas leis apenas destacaremos a allemã e a japonesa, como características da tendencia para, a par com principios geraes, formular regras especiaes de conflictos relativamente a cada uma das instituições juridicas.

A lei allemã formulou principios geraes — quanto á capacidade das pessoas, submettendo-a á lei nacional (art. 7.º), — quanto á fórma dos actos juridicos, declarando *competente* a lei reguladora da respectiva relação juridica e considerando *sufficiente* a lei do logar da celebração (art. 11.º) — quanto ás successões, mandando-as regular pela lei nacional do auctor

<sup>1</sup> *Annuaire de legislation étrangère*, 1888, pag. 1047.

<sup>2</sup> *Annuaire cit.*, 1891, pagg. 664.

<sup>3</sup> O codigo civil suiso entrará em vigor no dia 1 de janeiro de 1912 (Titulo final, art. 63.º).

<sup>4</sup> *Annuaire cit.*, 1891, pagg. 68 a 71.

<sup>5</sup> *Code civil allemand*, traducção de GRASSERIE, pagg. 518 e segg.

<sup>6</sup> *J. D. I. P.*, 1901, pagg. 632 e segg.

da herança (artt. 24.<sup>o</sup> e 25.<sup>o</sup>), — e quanto á territorialidade das leis de ordem publica, dispondo que a applicação das leis estrangeiras não terá logar quando contrarias aos bons costumes ou ao fim duma lei allemã (art. 30.<sup>o</sup>), e estabelece principios especiaes — quanto á interdicção, determinando que o individuo pode ser interdicto na Allemanha e segundo as leis allemãs quando tenha o seu domicilio ou a sua residencia no imperio (art. 8.<sup>o</sup>) — quanto á ausencia, dispondo que o ausente pode ser julgado morto na Allemanha se fôr allemão no começo da ausencia, se ahi tiver bens, relativamente a esses bens, e, sendo casado, tenda tido na Allemanha o seu ultimo domicilio, e sendo a mulher allemã ou o tenha sido até ao casamento uma vez que permaneça ou volte ao país, se a mulher requerer o competente processo (art. 9.<sup>o</sup>) — quanto á responsabilidade por actos illicitos praticados no estrangeiro, a qual, quando exigida na Allemanha, não pode exceder a estabelecida pelas leis allemãs (art. 12.<sup>o</sup>), — quanto á capacidade matrimonial, submittida á lei nacional dos esposos (art. 13.<sup>o</sup>), — quanto ás relações pessoaes dos esposos, tornando competente a lei allemã nas hypotheses de os conjuges serem allemães e de, perdendo o marido a nacionalidade allemã, a mulher a conservar (art. 14.<sup>o</sup>), — quanto ao regimen matrimonial, que subordina á lei do marido (artt. 15.<sup>o</sup> e 16.<sup>o</sup>) — quanto ao divorcio e separação de pessoas, sujeitando-os á lei nacional do marido e exigindo quanto aos estrangeiros que o divorcio ou separação sejam admittidos pelas duas leis (art. 17.<sup>o</sup>), — quanto ás relações entre paes e filhos, submittendo-as em geral á lei nacional do pae (artt. 18.<sup>o</sup> a 22.<sup>o</sup>), — e quanto á tutela, dispondo que pode ser organizada na Allemanha a tutela dum estrangeiro quando o estado de origem não a tenha organizado, se o estrangeiro, segundo a sua lei nacional, precisar de quem vele pelos seus interesses ou fôr interdicto na Allemanha (art. 23.<sup>o</sup>).

A orientação do legislador allemão foi seguida pela lei japo-

nesa, com a differença, porém de que esta lei procurou formular regras relativamente a todas as instituições do direito privado. Assim, relativamente a principios geraes, manda regular — a capacidade pela lei nacional (art. 3.º), a existencia e effeitos dos actos juridicos pela lei escolhida pelas partes e, no silencio destas, pela lei do logar da celebração (art. 7.º), a fórmula dos actos pela lei reguladora da respectiva relação juridica, considerando, porém, sufficiente a lei do logar da celebração para os actos que não estabeleçam ou disponham dum direito real ou dum direito sujeito a registo (art. 9.º), os direitos reaes sobre moveis ou immoveis e os direitos sujeitas a registo pela lei do logar onde se encontre o objecto dos mesmos direitos (art. 10.º), a existencia e effeitos da gestão de negocios, da *conditio indebiti* e dos factos illicitos pela lei do logar onde forem praticados os respectivos factos (art. 11.º), e as successões pela lei nacional do auctor da herança (artt. 25.º e 26.º) e determina que não devem ser applicadas as leis estrangeiras contrarias á ordem publica e aos bons costumes (art. 30.º). De modo especial, formúla regras para a interdição, ausencia, contractos entre ausentes, cessão de creditos, capacidade matrimonial, effeitos do casamento, divorcio, legitimação, adopção, relações entre paes e filhos, alimentos, tutela e curatela (artt. 4.º, 5.º, 6.º, 9.º e 12.º a 24.º).

É bem persuasiva, segundo cremos, a lição dos factos apontados. Do codigo francês á lei japonesa, o systema dos principios geraes affirma-se constantemente nas legislações, e dá-se o facto curioso de, á medida que o systema se completa creando regras para os grandes grupos das relações juridicas, a certeza do regimen internacional destas relações exige regras especiaes sempre mais numerosas, a ponto de parecer logica e necessaria a evolução no sentido da regulamentação completa de cada uma das instituições do direito privado sob o ponto de vista do direito internacional.

48. O phenomeno que acabamos de observar na evolução das legislações patenteia-se e accentua-se no direito convencional.

Limitaremos as nossas investigações ao tratado de Lima de 1878, aos tratados de Monrevideu de 1889, e ás convenções da Haya de 1896 1902 e 1905.

O tratado de Lima formulava uma série de regras relativas ao direito internacional, onde é facil ver principios geraes de direito internacional privado a par com principios especiaes para determinadas instituições juridicas. Assim, ao mesmo tempo que mandava regular o estado e capacidade pela lei nacional, os immoveis, e os moveis de situação permanente, pela *lex rei sitae*, a validade intrinseca e os effeitos dos contractos pela lei do logar da celebração, ou pela lei do logar da execução quando pela sua natureza ou por convenção devessem executar-se num país determinado, e a fórmula externa dos actos pela lei do logar da celebração, as successões e doações pela lei nacional do auctor da herança, a responsabilidade civil por delictos ou quasi-delictos pela lei do logar do facto que lhe dêsse origem, e declarava inapplicaveis nos estados contractantes as leis estrangeiras contrarias á constituição politica, ás leis de ordem publica e aos bons costumes (artt. 1.º a 5.º, 16.º, 18.º a 23.º, 38.º e 54.º), estabelecia regras especiaes bastante numerosas, mandando regular a capacidade matrimonial pela lei nacional dos contraentes, com a sujeição, porém, dos estrangeiros aos impedimentos dirimentos estabelecidos pela lei local, — a validade do casamento; para os effeitos civis, pela lei do logar da sua celebração, — as relações pessoaes entre os conjuges e as relações entre paes e filhos pela lei do domicilio matrimonial, — as convenções ante-nupciaes pela lei dos contractos e as relações patrimonias dos conjuges, na falta de contracto, pela lei do domicilio conjugal, ficando comtudo os immoveis e os moveis de situação permanente sujeitos á *lex rei sitae*, — a

prescripção acquisitiva pela lei do logar da situação dos bens e a extinctiva pela lei do logar da origem da respectiva obrigação.

Mas, se o tratado de Lima é já característico, mais o são os tratados de Montevidéu. Como acima dissemos, o congresso de Montevidéu de 1888-1889 concluiu pela celebração de nove tratados declaradores de preceitos de direito internacional destinados a regular as relações dos estados contractantes. Desses tratados, são dignos de menção, para o nosso proposito neste momento, os relativos ao direito civil e commercial, de 12 de fevereiro de 1889. O tratado sobre direito civil contem sessenta e sete artigos doutrinaes, de que apenas um pequeno numero consagra principios geraes de direito internacional privado, sendo os restantes destinados a regular as differentes instituições juridicas. Assim, tirante o art. 1.º, que manda regular a capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio, o art. 26.º, que sujeita á *lex rei sitae* os bens, de qualquer natureza, quanto á sua classificação, posse, alienabilidade absoluta ou relativa e a todas as relações juridicas de character real de que sejam susceptiveis, os artt. 32.º e 33.º, que mandam determinar a natureza, existencia e effeitos dos contractos, bem como a exigencia ou não exigencia de documento escripto e a qualidade deste, pela lei do logar da execução, o art. 38.º, que manda regular as obrigações não convencionaes pela lei do logar onde se produza o acto licito ou illicito de que procedem, o art. 39.º, que manda regular a forma dos instrumentos publicos pela lei do logar onde são exarados e a dos instrumentos particulares pela lei do logar do cumprimento do respectivo contracto, e os artt. 44.º e 45.º, que sujeitam as successões á lei da situação dos bens, com a restricção, porém, de que o testamento feito em acto publico em qualquer dos estados contractantes será admittido em todos os demais, todos os outros estabelecem preceitos especiaes quanto á capacidade

das pessoas individuaes e collectivas, domicilio, ausencia, matrimonio, patrio poder, filiação, regimen dos bens, actos juridicos, relações patrimoniaes dos conjuges, successões, prescripção e jurisdicção. O tratado sobre direito commercial, que contem quarenta e oito artigos doutrinaes, depois de dispor nos tres primeiros artigos que os actos juridicos serão considerados civis ou commerciaes segundo a lei do logar onde se effectuarem, que o character de commerciante das pessoas se determina pela lei do país em que tõem a séde dos seus negocios, e que os commerciantes e agentes auxiliares do commercio estão sujeitos ás leis commerciaes do país em que exercem o seu commercio, regula de modo especial o regimen internacional das sociedades commerciaes, que sujeita em geral á lei do seu domicilio, dos seguros, dos abalroamentos maritimos e naufragios, do contracto de fretamento, do contracto de risco maritimo, dos contractos de ajuste dos officiaes dos navios e da gente do mar, das avarias, das lettras de cambio e das fallencias.

Vê-se claramente cômio os dois tratados, além de consignarem principios geraes, obedeceram á tendencia para regular o regimen internacional das differentes instituições do direito civil e commercial.

Não se encontra nos dois tratados o principio da não applicação das leis estrangeiras quando contrarias á ordem publica, por esse principio estar consignado no art. 4.º do tratado de 3 de fevereiro de 1889 sobre a applicação reciproca das leis dos estados contractantes, concluido entre os mesmos estados, onde se dispõe que essas leis não serão applicadas contra as instituições politicas, as leis de ordem publica e os bons costumes. Além do tratado de 3 de fevereiro, o mesmo principio ainda foi consignado pelo tratado sobre processo civil; de 11 de janeiro do mesmo anno, que enumera entre as condições para a execução das sentenças estrangeiras a sua não opposição

ás leis de ordem publica do país de execução, pelo tratado sobre propriedade litteraria e artistica, de 11 de janeiro de 1889, que auctoriza os estados signatarios a prohibir a publicação, circulação, representação ou exposição das obras contrarias á moral ou aos bons costumes, e pelo tratado sobre patentes de invenção, de 10 de janeiro do mesmo anno, que recusa o direito de patente para os inventos contrarios á moral e ás leis do país.

E deve observar-se que os estados signatarios dos tratados de Montevideu obedeceram, em certo modo ao principio da determinação dos casos em que devem prevalecer as leis locais como leis de ordem publica. É o que se nota, no tratado sobre direito civil, relativamente ao exercicio dos direitos das pessoas collectivas estrangeiras, que devem conformar-se com as prescripções das leis dos estados onde pretendam exercer esses direitos (art. 4.º), relativamente á capacidade matrimonial, que subordina á lei do logar da celebração do casamento, com a modificação de que nenhum dos estados contractantes fica obrigado a reconhecer o casamento celebrado em país estrangeiro quando affectado dalgum dos impedimentos de idade (14 annos para os homens e 12 para as mulheres), parentesco (na linha recta e entre irmãos legitimos ou illegitimos), conjugio (auctoría ou cumplicidade), e matrimonio anterior não dissolvido legalmente (art. 11.º), relativamente aos bens, que terminantemente sujeitou ás leis territoriaes como leis de ordem publica (artt. 23.º, 26.º, 29.º a 31.º, 34.º, etc.), e relativamente aos direitos patrimoniaes dos conjuges, que manda regular pelo contrario antenupcial ou pela lei do domicilio conjugal em tudo que não fôr *prohibido* pela lei do logar da situação dos bens (artt. 40.º e 41.º, que traduzem evidentemente o principio de SAVIGNY ácerca do limite da applicação das leis estrangeiras), e, no tratado sobre direito commercial, a respeito de fallencias, onde se dá preponderancia ao principio da plu-

ralidade da fallencia, por certo por a fallencia representar um modo de execução dos bens do commerciante e as leis da execução serem leis de ordem publica.

Além disso, a especialização das leis de ordem publica e a declaração da sua territorialidade manifesta-se em alguns dos demais tratados concluidos pelo congresso. Assim, o tratado sobre processo civil manda regular a fórma do processo pela *lex fori*, o tratado sobre propriedade litteraria e artistica desobriga os estados contractantes de reconhecerem os direitos de auctor dos subditos dos outros estados por um prazo maior que o concedido aos seus proprios subditos, e dispõe que a responsabilidade daquelles que usurparem o direito de propriedade litteraria ou artistica será determinada pela lei do país em que fôr commettida a fraude, o tratado sobre patentes de invenção estabelece disposições semelhantes sobre o prazo do privilegio de invenção e sobre a responsabilidade dos que prejudicarem o direito do inventor, o tratado sobre direito penal internacional de 23 de janeiro de 1889 formúla o principio da territorialidade das leis penaes, e o tratado sobre marcas de fabrica e de commercio, de 16 de janeiro do mesmo anno, manda julgar as falsificações das marcas pela lei do país onde fôr praticada a fraude.

Os tratados de Montevideu representam, pois, uma phase bem frisante na evolução *legal* da theoria dos conflictos. Formulam principios geraes, mas regulam designadamente as instituições do direito privado sob o ponto de vista internacional; estabelecem a regra limite da territorialidade das leis de ordem publica, mas já especificam muitas dessas leis.

Mais definida é a phase traduzida pelas convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905.

O projecto de programma da primeira conferencia de direito internacional privado de 1893, enviado ás potencias pelo governo hollandês, continha um questionario sobre a) *principios*

\*

*geraes* de direito internacional privado quanto á determinação da lei reguladora — do estado e capacidade das pessoas, — dos bens e direitos reaes, — da fôrma dos actos, — e da *materia* dos actos juridicos, e *b) direitos de familia*, compreendendo o casamento, paternidade e filiação legitima e illegitima, adopção, patria poder, tutela, interdicção, e successões.

Ainda o ante-projecto de programma da conferencia, elaborado pelos delegados hollandêses e distribuido aos membros da mesma conferencia, era formulado em oito artigos contendo *disposições geraes* relativas aos conflictos das leis de direito privado e abrangendo os assumptos que constituíam a parte geral do questionario bem como as relações de familia, as successões, a competencia, fôrma de processo, provas, e situação dos estrangeiros perante o direito civil. Contudo, logo na primeira sessão de estudo da conferencia, esta decidiu, por proposta do delegada francês Renault, estudar e resolver questões concretas de direito internacional privado e deixar á sciencia a determinação dos principios geraes. Em harmonia com esta deliberação, foram, na conferencia de 1893 e nas seguintes de 1894, 1900 e 1904, estudadas questões determinadas e formuladas regras praticas de resolução dos conflictos, segundo já acima deixamos dicto <sup>1</sup>. As conferencias não deixaram de subordinar a principios os seus trabalhos e conclusões, mas os principios, em vez de formalmente definidos, transparecem das resoluções adoptadas.

A orientação das conferencias presidiu á celebração das convenções de 1896, de 1902 e de 1905, que não são mais do que a redução a tratados das conclusões respectivas das conferencias de 1894, 1900 e 1904.

Assim, as convenções sobre processo civil de 14 de novembro de 1896 e de 17 de julho de 1905, regulando a communição internacional de actos judicarios e extra-judicarios, as

---

<sup>1</sup> Supra, pagg. 51 e segg.

commissões rogatorias, a caução *judicatum solvi*, a assistencia judiciaria gratuita e a prisão por dividas, applicam os principios da territorialidade das leis reguladoras da fôrma do processo (conv. de 1906, art. 10.º; conv. de 1905, art. 14.º), e da não execução das notificações e das rogatorias enviadas por tribunaes estrangeiros quando contrarias á segurança ou soberania do estado local (conv. de 1896, artt. 2.º e 7.º; conv. de 1905, artt. 4.º e 11.º), mas estes principios apenas transparecem da regulamentação das relações internacionaes visadas pelas convenções como meio de disciplinar devidamente essas relações.

As restantes convenções regulam determinados grupos de relações juridicas: casamento (capacidade matrimonial e fôrma do casamento, 12 de junho de 1902); divorcio e separação de pessoas (12 de junho de 1902); tutela de menores (12 de junho de 1902); direitos e deveres dos esposos nas suas relações pessoaes e patrimoniaes (17 de julho de 1905); interdição (17 de julho de 1905); successões e testamentos (17 de julho de 1905). E nessa regulamentação procuraram directamente estabelecer o regimen internacional de certas instituições de direito privado.

Em todo o caso, das suas disposições resalta claramente a applicação de principios geraes. É o que se vê: da convenção sobre o casamento, que, dum modo geral, manda regular a capacidade matrimonial pela lei nacional de cada um dos conjugues (art. 1.º) e a fôrma do casamento pela lei do logar da celebração (art. 5.º); da convenção sobre divorcio e separação, que torna o direito de pedir o divorcio ou a separação dependente da sua permissão ao mesmo tempo pela lei nacional dos conjugues e pela lei local (art. 1.º); da convenção sobre tutela de menores, que a manda regular pela lei nacional do tutelado (art. 1.º); da convenção sobre direitos e deveres dos conjugues que manda regular as relações pessoaes pela lei nacional dos esposos (art. 1.º), e as relações patrimoniaes pela lei nacional

do marido ou pela lei escolhida pelos esposos, se a sua lei nacional lhes permittir celebrar um contracto de casamento e optar por uma lei diversa da lei nacional (artt. 2.º e 5.º), e a fórma do contracto de casamento pela lei do logar da celebração ou pela lei nacional dos conjuges (art. 6.º); da convenção sobre interdicção, que a manda regular, em geral, pela lei nacional do interdiccendo (art. 1.º); e dá convenção sobre successões e testamentos, que submette a successão legitima e testamentaria- á lei nacional do auctor da herança (art. 1.º) e a fórma do testamento á lei do logar da sua celebração (art. 3.º). Todas estas convenções acceitaram, com effeito, dum modo geral e sob a sua fórma de lei nacional, o principio da personalidade das leis reguladoras do estado e capacidade das pessoas, relações de familia, divorcio e separação, tutela, curatela e successão, bem como o principio *locus regit actum* para regular a fórma externa dos actos juridicos, mas não os formularam dum modo expresso.

Ainda as convenções acceitaram o principio da territorialidade das leis de ordem publica, como principio limite da applicação das leis estrangeiras, mas o systema seguido representa uma innovação importante e digna de especial referencia. Em vez de formularem o principio dum modo geral e ao mesmo tempo considerarem certas leis de ordem publica, como fizeram os tratados de Montevideu, seguiram o systema de determinar com precisão as leis de ordem publica que podem obstar, relativamente ao objecto de cada uma das convenções, á applicação das leis estrangeiras. É o que se verifica: na convenção sobre casamento, que determina que a lei do logar da celebração pode prohibir o casamento de estrangeiros contrario ás suas disposições sobre os impedimentos derimentes de parentesco, adulterio e conjugicidio, ou sobre os impedimentos de character religioso ou provenientes dum casamento anterior, assim como pode permittir aquelle casameto mesmo quando

haja impedimento segundo a lei nacional dos esposos, se esse impedimento fôr fundado em motivo religioso, e dispõe que os países cuja legislação exige uma celebração religiosa do casamento poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos dos seus nacionaes celebrados por uma fôrma diferente (artt. 2.º, 3.º, 5.º e 6.º); na convenção sobre divorcio e separação de pessoas, que expressamente exige, para os estrangeiros poderem divorciar-se ou separar-se, que o divorcio ou separação sejam reconhecidos pela lei local e que haja uma causa de divorcio ou de separação tanto pela lei nacional como pela lei local (artt. 1.º, 2.º e 3.º); na convenção sobre tutela, que, mandando regular a administração dos bens do pupilo pela sua lei nacional, sujeita á lei da situação os bens immoveis collocados por essa lei num regimen territorial especial (art. 6.º); na convenção sobre as relações juridicas dos conjuges, que determina que a lei normalmente competente para regular os bens dos esposos se não applica aos immoveis collocados pela lei local num regimen fundiario especial (art. 7.º); na convenção sobre interdicção, que dispõe que os estados signatarios podem declarar applicaveis á interdicção pronunciada por uma auctoridade estrangeira as medidas de publicidade prescriptas pela lei local para a interdicção pronunciada pelas auctoridades do país, devendo contudo os mesmos estados *communicar-se* mutuamente, por meio do governo hollandès, as disposições que tomarem a tal respeito (art. 9.º), e estabelece uma restricção semelhante á formulada pela convenção sobre a tutela quanto á administração dos bens do pupilo (art. 12.º); e na convenção sobre successões, que, mandando regulá-las pela lei nacional do auctor da herança, reserva a applicação das leis territoriaes que tenham exclusivamente por fim evitar a divisão das propoiedades ruraes, ou colloquem os immoveis num regimen fundiario especial, assim como as leis de natureza imperativa ou prohibitiva concernentes ás mate-

rias que *forem indicadas* por *commun accord* dos estados interessados num *protocollo adicional*, destinado a ser ratificado ao mesmo tempo que a convenção, devendo comtudos os estados, que queiram aproveitar-se de taes reservas, *communicar* ao governo hollandês a enumeração das disposições das suas leis que serão applicaveis ás successões tanto de nacionaes como de estrangeiros (art. 6.º). Em *summa*, as convenções da Haya ou *determinaram* desde logo ou obrigaram os estados signatarios a *communicarem-se* mutuamente as leis de applicação geral e territorial que devem servir de limite á applicação das leis estrangeiras. Reconheceram, como erã natural, leis de ordem publica, mas, para estabelecer a certeza nas relações privadas internacionaes, quizeram determinar essas leis com precisão.

Em *synthese*, pois, as convenções da Haya orientam-se por principios geraes, mas visam *directa e immediatamente* a regulamentação das instituições do direito privado, e reconhecem o principio da territorialidade das leis de ordem publica, mas procuram fixar *determinadamente* estas leis. As convenções traduzem, assim, o ultimo termo duma evolução característica. Com o *codigo frncês*, deparamos com o inicio do *systema* dos principios geraes; com o *codigo italiano*, verificamos a *affirmação plena* do mesmo *systema*; com as leis posteriores e com os *tratados americanos*, evidencia-se e *accentua-se* a tendencia para, ao lado de principios geraes, regular especialmente as instituições do direito privado, e para, a par com o principio geral da territorialidade das leis de ordem publica, especificar estas leis; finalmente, as convenções da Haya só se preocupam com a regulamentação *immediata* das instituições juridicas e ao principio geral da territorialidade das leis de ordem publica preferem a *justa determinação* das mesmas leis <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Referimo-nos no texto apenas aos *tratados collectivos* de Lima, de Montevidéu e da Haya, por elles representarem o pensamento de impor-

49. O destino do systema dos principios geraes na evolução doutrinal e nas tendencias das legislações e dos tratados conduz á determinação do seu valor positivo no estado actual da sciencia do direito internacional privado.

O systema foi o producto da elaboração doutrinal estatutaria e da acção das theorias modernas que pretenderam formular um pequeno numero de principios simples que pudessem orientar a jurisprudencia dos conflictos e firmar a certeza do direito na resoluções das questões juridicas emergentes das relações privadas internacionaes. O systema tinha assim a dupla vantagem de indicar ao juiz a direcção que elle deveria seguir na resolução das questões do direito internacional privado e de tornar relativamente simples a theoria legal dos conflictos.

Todavia, á simplicidade das regras juridicas, não correspondia a simplicidade da vida nas suas manifestações, e o systema volvia-se facilmente — no arbitrio dos tribunaes na redução ao dominio dos principios geraes das hypotheses concretas por que se revela a vida privada internacional, — na insufficiencia de regulamentação das instituições juridicas sob o ponto de vista internacional — e na imperfeição final do regimen dos conflictos. E assim devia succeder, pois, á complexidade da vida social, não basta a simplicidade da regulamentação juridica. O resultado foi que o systema teve de ceder á tendencia

---

tantos grupos de povos e por isso deverem considerar-se como traduzindo de modo caracteristico a tendencias evolutivas do direito internacional privado. Lembraremos, porém, o tratado singular declarador de direito internacional privado concluído entre o Equador e a Colombia a 18 de junho de 1903, o qual segue systema semelhante aos tratados de Lima e de Montevideu, formulando alguns principios geraes, como a personalidade das leis de estado e capacidade (optando pelo systema da lei nacional), a territorialidade das leis de ordem publica e relativas á organização da propriedade, e o principio *locus regit actum*, e regulando especificadamente algumas instituições juridicas, como a familia e as successões.

para a especialização de regras de conflictos adequadas ás instituições de direito privado e que se approximassem da perfeição que não garantia o simples reconhecimento de principios geraes. E a tendencia para a especialização era o impulso da realidade e ds verdade social contra a artificialidade dum systema que não condizia com as exigencias praticas. O systema revestiu porisso o character duma organização juridica transitoria que os progressos da sciencia virão substituir.

Todavia, no seu destino transitorio, tem o systema um merito real. É que, emquanto não fôr possivel organizar sobre a base positiva do conhecimento e estudo das leis estrangeiras o regimen juridico de cada uma das relações do direito privado, o systema dos principios geraes tem a vantagem de formular regras para guiar os tribunaes relativamente, pelo menos, aos principaes grupos de relações juridicas. E o seu merito será tanto maior quanto maior for tambem o numero dos principios formulados, pois, assim, mais se approximarà de cada uma das instituições juridicas. E, deste modo, o systema terá o merito de indicar, em relação a cada um dos grupos de relações ou instituições juridicas, a orientação geral a seguir na resolução dos conflictos.

50. Como fica dito acima, o direito internacional privado tem-se constituido até hojè principalmente pelo methodo individual, o que determinou a formação de systemas locaes de direito internacional e produz muitas vezes divergencias profundas das legislações sobre a resolução dos conflictos. Nem tudo são, porém, divergencias. Encontram-se tambem muitas semelhanças, pelo que procuraremos determinar, dum modo geral, as correntes do direito positivo sobre a resolução dos conflictos, para vermos as legislações nas suas semelhanças e nas suas differenças fundamentees.

Compararemos as legislações apenas sob o ponto de vista

dos principios geraes, não só por ter sido o systema dos principios geraes o que até hoje tem informado fundamentalmente o direito positivo, mas ainda porque a comparação das disposições especiaes tem o seu logar proprio no estudo de cada uma dos instituições juridicas.

Começando pelas semelhanças, notaremos em primeiro logar que as legislações se approximam fundamentalmente no que respeita á territorialidade das leis de ordem publica. Desde o codigo francês, que declarou territoriaes as leis de policia e de segurança, as legislações formulam em geral um principio semelhante e, quando as leis o não formulam, suppõe-no constantemente a jurisprudencia. Sob uma ou outra fórma e com maior ou menor especificação, condiciona o systema de conflictos nas diversas legislações, embora seja certo que se nota a tendencia para substituir, á indicação generica do principio, a determinação, relativamente a cada instituição juridica, das disposições de interesse e ordem publica <sup>1</sup>.

A [unifor]midade continua a existir no reconhecimento da territorialidade das leis que estabelecem o regimen da propriedade dos immoveis. Com maior ou menor extensão, tambem este principio apparece nos textos da legislação ou nos arestos dos tribrnaes <sup>2</sup>.

Ainda uma quasi uniformidade se manifesta no reconhecimento do principio *locus regit actum*, para regular a forma externa dos

---

<sup>1</sup> Codigo civil francês, art. 3.º, alinea 1.ª; codigo civil italiano, titulo preliminar, artt. 11.º e 12.º; codigo commercial portuguez, art. 4.º, § unico; codigo civil hespanhol, art. 8.º; lei congolesa de 1891, art. 9.º; lei allemã, art. 30.º; lei japonesa, art. 30.º; codigo civil argentino, art. 14.º; etc.

<sup>2</sup> Codigo civil francês, art. 3.º, alinea 2.ª; codigo civil italiano, tit. cit., art. 7.º; codigo civil portuguez, art. 24.º; codigo civil hespanhol, art. 10.º; lei congolesa, art. 3.º; lei japonesa, art. 4.º; codigo civil argentino, art. 10.º; etc.

actos juridicos. Ou com character exclusivo e obrigatorio, ou com character facultativo e em concorrência com a competencia doutras leis, a lei do logar da celebração é geralmente aceita como competente ou sufficiente para assegurar a validade dos actos juridicos quanto ás suas formalidades extrinsecas<sup>3</sup>.

Á uniformidade substitue-se, porém, a divergencia quanto á regulamentação das differentes instituições juridicas. Deixando para o logar proprio a indicação das demais divergencias, apenas delinearemos por agora as correntes legislativas ácerca do regimen juridico internacional do estado e capacidade das pessoas, como manifestação do systema dos principios geraes que até hoje tem dominado as legislações.

Sob este ponto de vista, constituem as legislações dos estados membros da communitate internacional duas correntes, segundo dão o predominio ao systema da *territorialidade*, isto é, á lei do logar em que o individuo se encontra, ou ao systema da *personalidade*, isto é, á lei do país a que o individuo está ligado por um laço juridico de nacionalidade ou de domicilio.

A primeira corrente é formada pelo direito inglês e norte-americano. Prevalece, com effeito, nos dois países anglosaxões a doutrina da territorialidade das leis, ainda em materia de estado e capacidade. Comtudo, o principio rigoroso da *common law* tem-se modificado progressivamente na pratica dos tribunaes por acção do principio da *comitas gentium* e á doutrina da territorialidade a jurisprudencia vae substituindo o systema do domicilio, sendo já pronunciada a tendencia para a acceitação da lei do domicilio como principio geral de regulamen-

---

<sup>3</sup> Código civil italiano, tit. cit., art. 9.º; código civil português, artt. 24.º e 2430.º; código commercial português, art. 4.º, n.º 3; código suiso das obrigações, art. 823.º; código civil hespanhol, art. 11.º; lei congoleza, art. 5.º; lei allemã, art. 11.º; lei japonesa, art. 9.º; código civil argentino, art. 12.º; código civil mexicano, art. 15.º; etc.

tação do estado e capacidade das pessoas, do casamento, do divorcio e da parte mobiliaria do patrimonio. Logo que este principio se fixe como uma regra de justiça, ficará inteiramente invertida a doutrina da *common law* e o direito anglo-americano consagrará o systema da personalidade como base da situação juridica das pessoas<sup>4</sup>.

A segunda corrente informa a generalidade das legislações, as quaes admittem como principio que o estado e capacidade das pessoas são reguladas pela sua lei pessoal, embora sobre a determinação da lei pessoal haja entre estas legislações uma divergencia profunda enquanto umas acceitam o systema da *lei nacional* e outras seguem o systema da *lei do domicilio*.

Comtudo, não admittem estas legislações a applicação da lei pessoal sem limitações. Em geral, limitam-na com restricções baseadas no interesse geral do estado local. Algumas, porém, ainda accrescentam a taes restricções outras fundadas no interesse privado dos nacionaes, desdobrando-se assim a segunda corrente em duas sub-correntes, consoante a natureza e a extensão do interesse que determina a limitação da competencia da lei pessoal.

A primeira fórmula de limitação deriva do principio já conhecido da territorialidade das leis de ordem publica, com que, com maior ou menor extensão e determinação, o direito positivo dos povos modernos sempre restringe a applicação das leis estrangeiras.

A limitação derivada do interesse particular dos nacionaes apparece principalmente no direito allemão, austriaco, japonês, montenegrino e suiso.

---

<sup>2</sup> WEISS, *ob. cit.*, pag. 181; DICEY, *Le statut personnel anglais*, trad. de STOCQUART, tom. 1, pagg. 13 e 316 e segg.; WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 43 e segg.; MEILL, *ob. cit.*, pag. 184.

A lei allemã, mandando regular o estado e capacidade das pessoas pela lei nacional, accrescenta comtudo que, se um estrangeiro praticar na Allemenha um acto juridico (que não seja relativa ao direito de familia, ao direito de successão ou á disposição dum immovel sito fóra do imperio) para o qual seja declarado incapaz por aquella lei, será comtudo reputado capaz para esse acto, se tiver a capacidade exigida pela lei allemã (art. 7.º).

O codigo civil austriaco submette em geral a capacidade dos estrangeiros á lei do domicilio, mas dispõe que a sua capacidade, quanto ás obrigações unilateraes contraídas na Austria, será regulada pela lei mais favoravel á validade da obrigação, e, quanto ás obrigações synallagmaticas, pela lei austriaca (§§ 35.º e 36.º).

A lei japonesa de 15 de junho de 1898 reproduz as disposições da lei allemã (art. 3.º), o codigo geral dos bens do Montenegro (art. 788.º) manda applicar a lei montenegrina, sobre capacidade, aos actos juridicos preticados no Montenegro que ahi sejam executados e constituam objecto dum julgamento, e o codigo civil suisso (Titulo final, art. 61.º, alinea 2.ª) determina que os estrangeiros, que não tenham o exercicio dos direitos civis e que pratiquem actos juridicos na Suissa, não poderão prevalecer se da sua incapacidade se, nos termos da lei suissa, forem capazes ao tempo em que se obrigarem, exceptuando comtudo, como a lei allemã, os actos relativos ao direito de familia e de successão e os actos de disposição dum immovel sito no estrangeiro.

As limitações determinadas pelo interesse geral do estado local compreendem-se, pela necessidade de salvaguardar as leis de ordem publica, mas as restricções provindas da tendencia para favorecer os nacionaes, sem outra determinante que não seja o interesse destes, parece um exaggero contrario á logica do systema da personalidade das leis de capacidade.

## SECÇÃO II

## Noções geraes

## § I

Leis de protecção individual. Lei pessoal: sua determinação e esphera de applicação <sup>1</sup>

SUMMARY: — 51. Determinação da lei pessoal. Competencia da lei da nacionalidade. — 52. A lei da nacionalidade nas tendencias doutrinaes. O Instituto de direito internacional e as *Regras de Oxford*. — 53. A lei da nacionalidade nas legislações e nos tratados. — 54. A lei do domicilio e a doutrina argentina do direito internacional privado. Systemas de conciliação entre a lei da nacionalidade e a lei do domicilio. — 55. A lei do domicilio como lei pessoal subsidiaria nos casos de falta de nacionalidade, de duas nacionalidades, e de divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica. A determinação da lei pessoal quando haja divergencia legislativa determinada pela religião ou pela raça. — 56. A lei pessoal competente nas relações entre pessoas de differente nacionalidade. — 57. Influencia da mudança de nacionalidade na determinação da lei pessoal. — 58. Criterio geral de applicação da lei pessoal. Determinação geral dos factos e relações juridicas a que a mesma lei se applica.

51. Um resultado positivo da evolução legal e doutrinal da theoria dos conflictos foi o reconhecimento de *leis pessoaes*

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 301 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 230 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 409 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 461 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 418 e segg., e *Traité théorique et pratique*, tom. III, pagg. 244 e segg.; FIORE, *Elementi di diritto internazionale privato*, pagg. 63 e segg., e *Le droit international privé*, tom. I, pagg. 70 e segg., e 295 e segg., e tom. III, pagg. 371 e

que sigam os individuos para fóra do seu país e sejam de *aplicação permanente* e de *efficacia exterritorial*, para garantia da estabilidade necessaria á sua situação juridica. A *permanencia* e a *exterritorialidade* são effectivamente os carecteres das leis de protecção individual.

Sendo assim, importa resolver dois problemas fundamentaes, o problema da determinação da lei pessoal, e o problema da sua esphera de applicação.

Ao primeiro problema tõem sido dadas, pelos escriptores, pelas legislações e pelos tratados, duas soluções. Uns adoptam o systema da lei da nacionalidade, outros seguem o systema da lei do domicilio. Qual a solução mais em harmonia com as exigencias do espirito scientifico?

Muitos escriptores reduzem a questão da competencia da lei pessoal a uma simples questão de preferencia. Discute cada um, segundo o seu ponto de vista, a superioridade da lei nacional ou da lei do domicilio como lei de protecção individual e decide-se pela competencia duma ou doutra, consoante a que se lhe afigura melhor para regular a situação juridica do individuo nas relações internacionaes.

Não é, porém, em semelhantes termos que a questão deve ser discutida e resolvida. A determinação da lei pessoal deve fazer-se em harmonia com os principios que presidem á attribuição da competencia para proteger os individuos dentro da communidade dos estados. Se, pois, para cada individuo deve

---

segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 697 e segg.; GRASSO, *Principi di diritto internazionale*, pagg. 237 e segg.; TORRES CAMPOS, *ob. cit.*, 3.<sup>a</sup> ed., pagg. 216 e segg.; ZEBALLOS, *Bulletin argentin de droit international privé*, tom. 1, pagg. 1 e segg., e 473 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pag. 225; SURVILLE ET ARTHUIS, *ob. cit.*, pagg. 177 e segg.; MEILL, *ob. cit.*, pag. 109; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pag. 37 e segg.; Sr. Dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*, pagg. 196 e segg.; etc.

haver uma lei pessoal que seja a lei organizadora da sua situação jurídica e da sua protecção em qualquer estado da sociedade internacional, essa lei deve ser logicamente a do estado a que pertence proteger esse individuo, e portanto a lei do estado de que elle é subdito. A lei pessoal deve ser a nacional, como é ao estado nacional que cabe a competencia para nas suas leis civis definir as garantias jurídicas dos seus membros e para no estrangeiro exercer a protecção dos seus nacionaes com a sua diplomacia, com os seus consulados e até com o seu poder militar.

Mas, mesmo sob o ponto de vista da preferencia, a lei preferida deve ser a nacional, pois é essa a que dá maior estabilidade á situação jurídica do individuo, já que o individuo muda mais facilmente de domicilio que de nacionalidade, e aquella estabilidade constituiu o motivo historico e constitue um dos motivos racionaes para declarar exterritoriaes as leis de protecção individual, sendo além disso certo que é a lei nacional aquella que, na grande generalidade dos casos, mais se conforma com as condições ethnicas e mesologicas que informam o modo de ser dos subditos do estado legislador.

52. A tendencia da doutrina e das legislações é favoravel, em geral, á competencia da lei nacional como lei pessoal.

A tendencia doutrinal revela-se claramente na aproximação de dois factos. No dominio das doutrinas estatutarias, era a lei do domicilio a lei uniformemente reconhecida como lei pessoal; com o apparecimento das modernas theorias ácerca de conflictos, e principalmente por virtude da influencia exercida pela escola italiana, o principio da lei nacional affirma-se por tal modo, que em 1880 o Instituto de direito internacional consagrou, nas chamadas *Regras de Oxford*, a lei nacional como a lei competente para regular o estado e a capacidade das pessoas, bem como para regular as successões legitimas e tes-

tamentarias <sup>1</sup>, e successivamente a tem reconhecido como a lei normalmente applicavel na resolução dos conflictos das leis de protecção pessoal, ou, como ainda muitas vezes se diz, das leis relativas ao *estatuto pessoal*. O systema da lei nacional tem assim por si a opinião da auctorizada academia que hoje traduz as affirmações do pensamento scientifico em materia de direito internacional privado.

53. Ao movimento doutrinal corresponde a *evolução* legislativa no seculo XIX. O principio da lei nacional como lei pessoal entra nas legislações com os artt. 3.º e 170.º do codigo civil francês que mandaram regular pela lei francesa o estado e capacidade e em especial a capacidade matrimonial dos franceses residentes em país estrangeiro, disposições que, logicamente interpretadas, embora depois de muitas duvidas e tergiversações, levaram ao reconhecimento do principio reciproco da regulamentação do estado e capacidade dos estrangeiros pela sua lei nacional. Depois do codigo francês, é o systema da lei nacional successivamente aceito pelas legislações europeias continentaes que, ora reproduzindo aquelle codigo, ora melhorando as suas disposições, o que acontece nas legislações mais recentes, como os codigos civis italiano e hespanhol e a lei allemã, hoje o consagram mais ou menos claramente e mais ou menos amplamente, com excepção apenas da Dinamarca, da Noruega e da Austria, e esta simplesmente para os estrangeiros. Da Europa irradia o systema para algumas legislações extra-europeias e é admittido no Brasil, Chili, Colombia, Mexico, Perú, Venezuela, Congo e Japão. Num seculo apenas realiza o novo principio progressos frisantemente indicadores

---

<sup>1</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international, Tableau général* (1873-1892), pag. 34.

de que continuará a triumphar nas reformas legislativas dos estados civilizados.

Mas a superioridade do systema da lei nacional ainda é reconhecida no movimento official de uniformização do direito internacional privado. O congresso sul-americano de Lima de 1877-78 aceitou-o expressamente, no tratado de 9 de novembro de 1878, para a determinação da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, da capacidade matrimonial e das successões (artt. 2.º, 10.º, 18.º e 20.º), e, embora o congresso de Montevidéu consagrasse no tratado sobre direito civil internacional de 12 de fevereiro de 1889 o principio da lei do domicilio, o congresso de Madrid de 1892, formado de representantes dos dois estados peninsulares e dos estados ibero-americanos, decidiu-se pelo principio da lei nacional, signal de que este principio foi julgado superior mesmo pelos representantes dos estados ibero-americanos e de que cedo ou tarde a America *latina* se approximarà da corrente predominante nas legislações europeias. Verdadeiramente significativo é, porém, o que se tem passado nas conferencias da Haya. As conferencias adoptaram o systema da lei nacional em todas as questões ali ventiladas relativas ao estatuto pessoal, como o casamento, divorcio e separação de pessoas, tutela de menores, interdicção, successões, etc., e as convenções de 12 de junho de 1902 e de 17 de julho de 1905 consagraram o mesmo systema em materia de casamento, divorcio e separação, tutela de menores, interdicção e successões. A obra do Instituto junta-se assim a obra da Haya e o resultado será por certo uma affirmação cada vez maior do principio da lei nacional.

Os países anglo-saxões e alguns países ibero-americanos ficam fóra do movimento, mas este chegará por sua vez a attingi-los. É o que os factos já parecem denunciar. Assim: — a) quanto á Inglaterra, 1.º) em 1889 foi celebrado um accordo entre o governo inglês e o governo belga para o effeito

de serem respeitadas na Inglaterra, nos casamentos dos subditos belgas perante as auctoridades inglesas, as disposições da lei belga sobre o consentimento dos representantes legaes dos contractantes designados pela lei belga, sobre *actos respeitosos*, sobre a idade e sobre a prohibição do casamento entre consanguíneos ou affins<sup>1</sup>, e 2.º) em 1901 uma provisão do bispo de Londres determinou o seguinte: — «Os casamentos entre estrangeiros ou entre estrangeiros e ingleses contraídos em Inglaterra serão validos em toda a extensão do Imperio britannico quando celebrados em conformidade da lei inglesa. Os casamentos contraídos na Inglaterra entre estrangeiros ou entre estrangeiros e ingleses *não são, comtudo, necessariamente validos senão quando se cumpram as prescripções legaes do país a que os estrangeiros pertencem*. O secretario de estado dos negocios estrangeiros concluiu um accordo internacional em virtude do qual os consules ou outros representantes dos países estrangeiros na Inglaterra são obrigados a certificar, sempre que lhes seja requerido, que as disposições legaes do seu país foram observadas»<sup>2</sup>; — *b*) quanto aos Estados Unidos, uma lei do districto de Colombia de 13 de maio de 1896, sobre casamento, determinou (art. 5.º) que, quando um dos futuros conjuges for estrangeiro, nenhuma licença poderá ser concedida enquanto o ministro ou consule do seu país nos Estados Unidos não tiver certificado que foram cumpridas as condições impostas pela sua lei nacional para a validade do casamento»<sup>3</sup>; — *c*) e, quanto aos estados iboro-americanos, não só o Brasil, o Chili, a Colombia, o Equador, o Mexico, o Perú e a Venezuela seguem já o systema da lei nacional, mas as resoluções dos con-

<sup>1</sup> *Actes de la conférence de la Haye*, 1893, deuxième partie, pag. 37.

<sup>2</sup> *J. D. I. P.*, pag. 642.

<sup>3</sup> *Annuaire de législation étrangère*, tom. xxvi, pag. 748.

gressos de Lima e de Madrid são revelações de que, embora remotamente, também nesses estados triumphará o systema já predominante na Europa.

Portugal entrou na corrente europeia de consagração do systema da lei nacional, não só reconhecendo-o claramente nas suas leis, como se vê dos artt. 24.º, 27.º, 1065.º e 1066.º do código civil, do art. 12.º do código commercial e do art. 98.º do reg. consular, que de modo expresso determinam que o estado e a capacidade dos estrangeiros devem ser regulados pela respectiva lei nacional, mas ainda collaborando nas conferências da Haya, subscrevendo as suas conclusões, assignando e ratificando as convenções de 12 de junho de 1902, e assignando e approvando as convenções de 17 de julho de 1905.

54. Apesar, porém, de todo este cortejo de factos, que parecem mostrar o systema da lei nacional como destinado a constituir a fórmula definitiva da lei pessoal, ainda são numerosos os escriptores que, com maior ou menor extensão, defendem o systema da lei do domicilio, dando-lhe ultimamente o apoio do seu talento e do seu saber o internacionalista argentino ESTANISLAO ZEBALLOS, qua formulou e sustentou calorosamente os principios da *doutrina argentina de direito internacional privado*<sup>4</sup>.

A doutrina argentina acceita, na determinação da lei pessoal, o systema do domicilio modificado pelas exigencias da soberania local, pela *lex rei sitae* e pelo direito da fórmula dos actos, que será o principio *locus regit actum*, como dispõe o código civil argentino (art. 12.º).

---

<sup>4</sup> *Bulletin argentin du droit international privé*, tom. 1, pagg. 1, 19, 375 e 473.

Os fundamentos da doutrina são principalmente os seguintes:

Em primeiro lugar, o systema da lei nacional protege os *nacionaes* e não protege o *homem* na sua migração pelo mundo, baseando-se na *razão politica* da cohesão dos estados com os subditos que se encontram no estrangeiro, e não na *razão de justiça* da organização e defesa do bem estar humano. Pelo contrario, o systema do domicilio desprende-se da razão politica, para só ver o homem no desinvolvimento da sua actividade e para o proteger no ponto onde elle localiza os seus meios de acção. E deste modo o systema do domicilio representa un principio de justiça, pois, embora a humanidade se divida em nações, as nações organizaram-se para satisfazer uma necessidade suprema do bem estar e da felicidade do homem, para assegurar a sua vida, a sua propriedade e os seus direitos por meio de leis e auctoridades protectoras na medida e nas condições em que cada nação se encontra em relação á humanidade. Cada estado representa a melhor fórmula local de proteger o homem na deslocação a que o obriga a vida e a civilização.

Depois, o systema da lei nacional com a sua consequencia logica da applicação a cada um da lei do seu país, determinaria, nos países de grande immigração, não só a applicação de leis em desharmonia com o meio social, mais a applicação de mil leis divergentes, o que seria a incerteza do direito e o cahos na administração da justiça. E nada disto se produz com o systema do domicilio, que é, ao mesmo tempo, o systema legal em harmonia com o meio social e a assimilação juridica da quasi totalidade dos habitantes do territorio do estado.

A isto accresce que, segundo mostram as estatisticas, é maior o algarismo geral da população dos estados que accetam a lei do domicilio (cerca de 496 milhões de habitantes, ou de 546 milhões, se accrescentarmos a população dos estados do regimen mixto de lei nacional e lei do domicilio) do que o da

dos estados que acceitam o principio da lei nacional (cerca de 410 milhões, ou 460 milhões juntando a população dos países de regimen mixto) <sup>1</sup>, e maior é tambem o concurso, por parte dos primeiros estados em relação aos segundos, em cereaes (90,50 % dos países de lei do domicilio, e 9,50 % dos países de lei nacional) e em carnes (59,08 por 40,92) que alimentam o homem, em algodão (94,16 por 5,84) e em lã (99,38 por 0,62) que o vestem, em ferro (50,65 por 49,35), em carvão (70,43 por 29,58) e na marinha commercial (65,74 por 34,26) que completam as necessidades da vida privada ou são elementos de civilização, o que mostra a toda a evidencia a necessidade de procurar a conciliação entre os dois systemas, não só num interesse humano, mas tambem sob o ponto de vista das conveniencias economicas dos estados continentaes da Europa. Mas a conciliação só a vê ZEBALLOS no predominio, se não no exclusivismo, da lei do domicilio, como aliás era natural, desde que está intimamente convencido de que só é humanamente justo o systema do domicilio.

A doutrina de ZEBALLOS atrahiu a attenção dos internacionalistas e a ella se referiu ASSER na sessão do Instituto de direito internacional em Gand em 1906 a proposito da codificação do direito internacional privado. Notou o benemerito homem de sciencia que, constituindo uma gravissima dificuldade para aquella codificação a divisão dos estados em dois

---

<sup>1</sup> ZEBALLOS considera vigente a *lei do domicilio* no Imperio Britanico, Canadá, Australia, Nova Zelandia, Indias, Africa do Sul, diversas colonias inglesas, Dinamarca, Estados Unidos e colonias, Cuba, Argentina, Paraguay e Uruguay, a *lei nacional* na Allemanha, Belgica, França, Hespanha, Italia, Japão, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Portugal, Rumania, Russia, Suecia, Mexico, Brasil, Chili, Perú e outras republicas americanas, e um *regimen mixto* na Suissa e na Austria. (*Bulletin* cit., pag. 473).

grupos segundo adoptam a lei nacional ou a lei do domicilio, não sendo de esperar que todos os estados que adoptaram a lei do domicilio, que «encontraram em ZEBALLOS um campeão cheio de talento e de originalidade», a substituam facilmente pela lei nacional, e convindo restringir as consequencias da existencia das duas fórmulas de lei pessoal, se devia investigar a possibilidade de conciliar o systema da lei nacional com o systema da lei do domicilio em termos taes, que os dois grupos de estados pudessem acceitar a conciliação.

O processo de conciliação viu-o ASSER na theoria da nacionalidade e esboçou-o nas seguintes regras que offereceu á consideração do Instituto: 1.º) A nacionalidade, sob o ponto de vista do direito civil, adquire-se por um domicilio de seis annos no mesmo estado, provado por uma declaração da auctoridade competente; 2.º) A aquisição da nacionalidade sob o ponto de vista do direito publico pode ser subordinada a outras condições (*naturalização*, etc.); 3.º) A aquisição num estado da nacionalidade sob o ponto de vista do direito civil faz perder a nacionalidade anterior, mas esta revive no momento em que cessa o domicilio no outro estado, contanto todavia que a pessoa interessada tenha manifestado o seu desejo de fazer reviver a antiga nacionalidade pela inscripção do seu nome num registo-matricula ou por meio de qualquer outra formalidade prescripta pela sua lei nacional anterior. A conciliação estaria assim, para ASSER, na conversão do domicilio em *nacionalidade civil* ao fim dum certo numero de annos, com a faculdade de readquirir dum modo simples a antiga nacionalidade <sup>1</sup>.

É de notar que, já antes de ASSER, um dos delegados suissos na conferencia de direito internacional privado da Haya de

---

<sup>1</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XXI, 1907, pagg. 453 e segg.

1900, MELLI, mostrando a necessidade de procurar a *sententia media* entre a lei nacional e a lei do domicilio, em vez de forçar os povos de systema do domicilio a aceitar a lei nacional, indicava como meio de conciliação algum dos tres processos: 1.º) ou de fixar um prazo, dez annos por exemplo, depois do qual os estrangeiros seriam submettidos á lei do domicilio; 2.º) ou, ligando os effectos da lei do domicilio ao nascimento, regular por tal lei as relações internacionaes dos que nascessem no territorio; 3.º) ou distinguir tão cuidadosamente quanto possivel quando deve prevalecer a lei nacional e quando deva ter-se em conta a lei do domicilio. MELLI optava, porém, pela ultima solução, por lhe parecer a mais conforme á doutrina. Vê-se facilmente que o primeiro processo de MELLI corresponde ao de ASSER, que o segundo equivale á aquisição da nacionalidade civil *juri soli*, e que o terceiro representa uma applicação do principio de que deve applicar-se a cada relação juridica a lei mais em harmonia com a a sua natureza <sup>1</sup>

Dada a nova defêsa que a ZEBALLOS mereceu o systema da lei do domicilio e dada a auctoridade dos dois internacionalistas que propugnam a necessidade da conciliação, que valor attribuir ás novas razões allegadas pelo escriptor argentino e aos processos de conciliação formulados por ASSER e MELLI?

O primeiro argumento formulado por ZEBALLOS tem um valor meramente historico. Foi certamente tambem por um motivo politico que o codigo Napoleão sujeitou á lei francêsa os subditos da França que se encontrassem em país estrangeiro, vendo nisso um meio de manter a cohesão do estado francês com todos os seus nacionaes, e sendo, como é, certo

---

<sup>1</sup> *Actes de la troisième conférence*, pag. 85; conf. MELLI, *International civil and commercial law*, pag. 128.

que não formulou aquelle código a disposição reciproca, para o effeito de sujeitar os estrangeiros em França á lei do seu país sobre o estado e capacidade. Todavia á razão politica prevaleceu uma razão de justiça tanto na doutrina como na jurisprudencia, hoje unanimes em França para considerar lei pessoal dos estrangeiros a sua lei nacional. E a unilateralidade do código francês já não apparece no código italiano, nem no código civil portuguez, nem nos códigos ou leis posteriores que consagraram o systema da lei nacional, os quaes expressamente declararam que tanto nacionaes como estrangeiros tinham por lei pessoal a lei do seu país e portanto claramente reconheceram a applicação das leis estrangeiras, o que certamente não fizeram por uma razão politica, mas porque viram na applicação da lei nacional o meio de realizar a justiça nas relações privadas internacionaes.

Mas, se direito internacional privado tem por missão proteger o homem no seu movimento através do universo, e a lei da nacionalidade não traduz a justiça *definindo* juridicamente o mesmo homem, fixando o seu estado e capacidade e determinando a medida da sua protecção na sua migração mundial, para, firme numa situação juridica que não muda, fruir a necessaria estabilidade nas relações com os outros homens, tambem a lei do domicilio a não traduz, pois o domicilio ainda é a permanencia, por vezes menor que a da nacionalidade, é certo, em todo o caso permanencia (e tanto que a doutrina argentina admite leis extraterritoriaes para a hypothese de o individuo sair do país do seu domicilio), e porisso só seria logico o systema da territorialidade das leis, isto é, o systema da sujeição do individuo ao direito do país onde porventura se encontre, pois se todas as leis devem ser feitas para organizar e garantir os direitos do homem, não é mais justa a lei do domicilio que a lei territorial, e esta teria a vantagem de eliminar differenças de homem para homem no mesmo meio social e de tornar

homogenea a administração da justiça. Diante, porém, de semelhante conclusão pára a doutrina argentina e param hoje todas as doutrinas, pois a territorialidade é a absoluta instabilidade da situação jurídica de cada um, e todas vêm o perigo, e por isso todos o repellem, dum principio que pudesse conduzir a tal instabilidade. Comtudo, se a necessidade de estabilidade é a razão de parar a meio do caminho da logica da protecção mundial do homem, não será preferivel ao illogismo a acceitação da lei nacional, que duma vez baseia a desejada estabilidade e prepara juridicamente o homem para o seu movimento através das nações?

É verdade que a acceitação do systema da lei nacional pode determinar a applicação num estado das leis de muitos estados e isso pode difficultar a administração da justiça. Comtudo, a justiça não é meramente a simplicidade, mas, na esphera dos interesses privados, a rectidão na defêsa dos direitos de cada um, e por isso, para os tribunaes, não deve ser decisiva a razão da maior commodidade da applicação da lei do domicilio. Deverá determinar e applicar a lei que melhor represente a realização da justiça. Nem a determinação e conhecimento das leis estrangeiras hoje constitue uma difficuldade insuperavel, dada a grande publicidade das leis, a facilidade das communições internacionaes e a generalização das missões diplomaticas e consulares.

Argumenta por fim ZEBALLOS com a superioridade numerica, por parte dos estados de lei do domicilio, da população e do algarismo dos generos e mercadorias destinados a satisfazer as necessidades do homem civilizado, em relação aos estados de lei nacional.

Áparte o modo menos exacto por que foi calculada e comparada a população, pois ao passo que na determinação do algarismo da população dos estados de lei do domicilio contou o Egypto com 9.734:405 habitantes, sendo certo que no Egypto

está em todo o seu vigor o regimen das capitulações no que respeita á lei pessoal <sup>1</sup> e por isso cada consul applicará naturalmente o systema de direito internacional do seu país, e contou as possessões inglêsas com cerca de 351 milhões, nos estados de lei nacional deixou de contar o Congo, com 19 milhões de habitantes, as colonias allemãs com 13 milhões, as colonias francêsas com 50 milhões, as colonias hollandêsas com 37 milhões, e as colonias portuguezas com 8 milhões <sup>2</sup>, com o que, fazendo as devidas correções, a população dos estados de lei do domicilio descerá para 487 milhões e a dos estados de lei nacional subirá para 537 milhões, — observaremos que quasi toda a Europa continental, uma parte consideravel da America, o Congo e o Japão são elementos de ponderação na vida mundial, que o valor economico dos países não pode dar a medida de justiça das suas leis e que, apesar de no seculo XIX os estados europeus continentaes terem adoptado o systema da lei nacional, não tem isso constituído um obstaculo ao desinvolvimento do seu commercio ou das suas relações economicas com os outros estados.

Julgamos pois que a doutrina argentina não conseguirá mudar a orientação geral dos espiritos no sentido da lei do domicilio. Comtudo, porque pensamos, com ASSER, que os estados de lei do domicilio não se resolverão facilmente a imitar o exemplo da Suissa, que, apesar de dar predominio nas suas leis ao systema do domicilio, não duvidou assignar e ratificar as convenções da Haya de 1902, onde foi acceite em geral o systema da nacionalidade, parece-nos que, como systema de transição para a consagração definitiva do systema da lei nacional, deverá formular-se um systema de conciliação entre os

---

<sup>1</sup> *Codigo civil egypcio para os processos mixtos*, art. 4.

<sup>2</sup> HICKMANN, *Atlas universel*, 1905, pagg. 22 e segg.

dois principios divergentes que attenuue as consequencias da divisão que hoje separa os estados. E o melhor systema de conciliação será por certo a determinação concreta por meio de tratados geraes dos casos em que, á lei nacional, poderia substituir-se a lei do domicilio. Este meio, que é o ultimo indicado por MEILI, achamo-lo preferivel ao formulado por ASSEK, que apenas se baseia numa medida de tempo, ao passo que o de MEILI assenta na consideração da natureza das relações juridicas. Isto não significa, porém, o que por agora não queremos discutir, que as legislações não possam, desde que o façam uniformemente, attribuir a nacionalidade local pelo facto do domicilio no territorio além dum certo numero de annos <sup>1</sup>.

55. Pode, comtudo, a lei do domicilio ser invocada *subsidiariamente*, como lei pessoal, quando se dê algum dos casos de o individuo 1.º) não ter nacionalidade, de 2.º) ter ao mesmo tempo duas nacionalidades, ou de 3.º) pertencer a um estado ou unidade politica onde se dê a divergencia de leis locaes.

1.º) Contra o principio de que toda a pessoa deve ter uma nacionalidade, pode alguém encontrar-se, como já dissemos, na situação de não poder provar uma nacionalidade determinada, e, em tal hypothese, porque todo o individuo deve ter uma lei reguladora da sua situação juridica na sociedade internacional, é natural que se considere como pessoal a lei do domicilio,

---

<sup>1</sup> Como dissemos acima (pag. 64), o governo argentino convocou para 8 de julho de 1909 uma conferencia de representantes dos estados que seguem o systema da lei do domicilio, destinada a unificar as leis desses estados sobre o domicilio e a organizar o projecto duma convocação de conferencia universal em que os representantes de todos os estados civilizados deverão discutir o projecto de conciliação entre o systema da lei nacional e o systema da lei do domicilio e assim lançar as bases da unificação do direito internacional privado em todo o mundo civilizado.

por ser aquella que offerece, á falta de lei nacional, maior fixidez, e portanto deve ser chamada para preencher a falta da unica lei competente, que é a lei nacional. Na falta de nacionalidade e de domicilio, recorrer-se-á á lei do lugar da realização dos actos juridicos, e se essa não puder determinar-se, á *lex fori*, pelo motivo acima indicado. A competencia subsidiaria da lei do domicilio foi reconhecida pelo Instituto nas *Regras de Oxford* nestes termos: «Quando uma pessoa não tem nacionalidade reconhecida, o seu estado e a sua capacidade são regidos pelas leis do seu domicilio». Neste mesmo sentido dispõe a lei japonesa de 1898, determinando que, relativamente áquelle que não tiver nacionalidade, a lei do seu domicilio será considerada como lei nacional e que, na hypothese de o domicilio ser desconhecido, se deve applicar como lei pessoal a lei da residencia (art. 27.º, alinea 2.ª). E a competencia da *lex fori* na falta de nacionalidade e de domicilio foi aceita pelo codigo civil suizo, o qual determinou que «as pessoas cuja nacionalidade e domicilio não puderem determinar-se serão regidas pelo direito civil suizo» (Titulo final, art. 61.º, alinea 1.ª).

Comtudo, o individuo só deverá considerar-se sem nacionalidade e portanto sem lei nacional ou no estado cuja nacionalidade perdeu legalmente sem que tenha adquirido uma nova nacionalidade, ou quando nunca tenha tido nacionalidade ou esta não possa determinar-se, pois, se já tiver sido nacional dalgum país e essa nacionalidade puder determinar-se, será sua lei pessoal a lei desse país, como dispõe o codigo geral dos bens do Montenegro, art. 800.º, e a lei allemã de 1896, que foi fonte da disposição citada da lei japonesa, mas que só mandou recorrer á lei do domicilio ou da residencia quando o individuo nunca tenha tido nacionalidade (art. 21.º).

2.º) No caso de duas nacionalidades, ainda importa considerar duas hypotheses, como para o effeito de determinar a

condição jurídica dos individuos que se encontrem em semelhante situação, segundo o conflicto se levante em algum dos estados em que o individuo é nacional ou appareça num terceiro estado. Na primeira hypothese, o juiz applicará a lei local, a qual é para elle obrigatoria e deve ser preferida a qualquer outra. A segunda ainda pode offerecer duas variantes, consoante o interessado esteja domiciliado em algum dos estados de que é subdito ou esteja domiciliado num estado differente. No primeiro caso, o juiz dará preferencia á lei do estado do domicilio, fundado na presumpção de que o interessado preferiu a nacionalidade do estado em que se domiciliou. No segundo caso, o juiz considerará como lei pessoal a da nacionalidade primitiva, quando as duas nacionalidades tenham sido adquiridas *successivamente*, como um direito adquirido ainda não regularmente substituído sob o ponto de vista internacional, ou, quando as duas nacionalidades tenham sido adquiridas *simultaneamente*, a lei da nacionalidade que, segundo o seu prudente criterio, melhor organize a protecção pessoal do mesmo interessado. A lei japonesa só em parte resolve esta questão. Se o individuo tem duas nacionalidades e uma é a nacionalidade japonesa, manda applicar a lei do Japão. Se as duas nacionalidades são estrangeiras, manda determinar a lei pessoal pela nacionalidade adquirida mais recentemente (art. 27.º, alinea 1.ª). Deixa, assim, aquella lei sem solução a hypothese de duas nacionalidades adquiridas simultaneamente.

De modo que a lei do domicilio deverá ser lei subsidiaria, ou na falta de lei nacional, ou no caso de duas ou mais nacionalidades, estando o interessado domiciliado num dos estados de que é subdito.

3.º) Ainda a lei do domicilio pode ser subsidiariamente applicada como lei pessoal na hypothese de divergencias legislativas dentro da mesma unidade politica.

Como acima dissemos, os estados podem ser simples ou

compostos, e estes revestem a fôrma de uniões pessoaes ou reaes, confederações, e estados federaes.

Nas uniões pessoaes e nas confederações os estados particulares conservam a sua independencia e personalidade internacional, possuem leis *nacionaes* proprias e porisso a lei pessoal dos individuos que os constituem será a respectiva lei nacional do estado a que elles pertencam.

Todavia, a união real e a federação formam uma pessoa unica na sociedade internacional, e, conservando os estados particulares, como conservam, em maior ou menor grau, a autonomia de legislação, a lei pessoal já não pode determinar-se pela simples referencia á lei nacional, pois que, existindo uma só *nação* para os effeitos internacionaes, ha leis locaes diferentes nos diversos estados unidos ou federados. Como precisar, pois, a lei pessoal em taes casos? Dada a divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica, deve haver no systema juridico local um preceito escripto ou consuetudinario determinador da lei pessoal nas relações *nacionaes*, e a lei pessoal assim determinada, que tanto pode ser a lei do domicilio como a lei da origem, segundo a preferencia do legislador ou o sentido do uso e costume, deverá ser egualmente applicada nas relações internacionaes. Em tal caso, a lei do domicilio ou da origem será competente ainda por força da lei nacional. Na hypothese de não haver no direito local um preceito determinador da lei pessoal, deverá esta determinar-se pelo domicilio, que é um meio de definir a situação do individuo dentro dum estado em que se verifica a divergencia da legislação local, e representa um laço de direito, ao passo que a origem representa um mero factó que não é necessariamente acompanhado de consequencias juridicas. Deve notar-se comtudo que, na hypothese que consideramos, o domicilio determinante da lei pessoal só pode ser o domicilio nacional, isto é, o domicilio no país a que o individuo pertence. Se o

individuo se encontra domiciliado em país estrangeiro, deverá attender-se ao seu ultimo domicilio no estado de origem, pois o domicilio é apenas o meio de differenciar, entre as diversas leis locaes dum estado, aquella que deve ser considerada como lei nacional dos subditos desse estado.

O que dizemos da união real e da federação applica-se aos estados unitarios onde se dê a divergencia de leis locaes, como acontece na Hespanha, onde, a par com a lei geral, existem os *fueros* provinciaes ou territoriaes <sup>1</sup>.

Ao lado da divergencia de legislação dentro da mesma unidade politica, deve considerar-se o caso de, no mesmo estado, os nacionaes estarem sujeitos a leis differentes segundo a sua confissão religiosa, como acontece no imperio ottomano, onde os musulmanos estão sujeitos ao Koran e os christãos têm o seu direito particular, constituído principalmente pelas *Novellas* dos imperadores do Baixo Imperio, ou segundo a raça, como pode acontecer nos estados coloniaes, se ali houver um direito especial para os indigenas harmonico com a condição e costumes da sua raça. Em tal caso, a lei pessoal é determinada lpgicamente pelo systema de direito a que o individuo está sujeito pela sua confissão religiosa ou pela raça. A competencia legislativa estatuida pelo legislador nacional deve produzir os seus effeitos no interior do país e nas relações internacionaes <sup>2</sup>.

O nosso direito nada dispõe sobre qual deva ser a lei pes-

---

<sup>1</sup> O codigo civil hespanhol (art. 14.º) manda applicar ás relações inter-provinciaes os preceitos estabelecidos para as relações internacionaes, e, como para estas opta pela lei nacional, tem de entender-se que a lei pessoal se deve determinar pela origem.

<sup>2</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 312, e *Droit internacional privé* agg. 234; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 227; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 20 e 497; SURVILLE ET ARTHUYS, *ob. cit.*, pag. 178; MEILL, *ob. cit.*, pagg. 117.

soal do individuo sem patria ou do individuo com duas patrias. Parece-nos, comtudo, que a lei portugueza se adapta ás soluções que acabamos de indicar. Quando o individuo não tenha nacionalidade, claro é que não podem applicar-se-lhe os artt. 27.º do codigo civil e 12.º do codigo commercial, que mandam applicar a lei da nacionalidade, devendo então preferir-se a lei que mais se approxime da lei nacional, que é indubitavelmente a lei do domicilio, e, se domicilio não ha, deverá applicar-se a lei do logar da celebração do acto e, em ultima analyse, a lei portugueza. No caso de duas nacionalidades, se uma é portugueza, o juiz applicará obrigatoriamente a lei portugueza; se ambas as nacionalidades são estrangeiras e o interessado está domiciliado num dos estados de que é subdito, o domicilio indicará o meio de dar applicação ao principio do art. 27.º do codigo civil; se o domicilio não coincide com alguma das nacionalidades, o juiz ou deverá determinar a lei pessoal pela nacionalidade primitiva como um direito adquirido não regularmente substituído sob o ponto de vista internacional, se as duas nacionalidades forem adquiridas successivamente, ou, na hypothese da sua aquisição simultanea, applicar a lei da nacionalidade que melhor garanta a protecção do interessado e a realização dos principios reguladores da attribuição da nacionalidade.

56. A lei nacional de cada um como sua lei pessoal deve applicar-se sempre que os preceitos juridicos tenham por fim a protecção directa e immediata do individuo.

Se a lei de protecção apenas se refere a uma pessoa, a applicação do principio é simples. Determina-se a situação juridica das pessoas pela sua lei nacional e applica-se esta lei para tornar effectiva a protecção. É o que acontecerá com as doações puramente gratuitas, em que as leis de protecção apenas se referem á pessoa do doador.

Em geral, porém, as leis de protecção respeitam a factos juridicos que interessam a duas ou mais pessoas, estas podem ter uma lei pessoal diferente, e porisso importa averiguar qual das leis pessoas em presença deve prevalecer.

E em tal caso, pode dar-se, como ensina PILLET, uma das tres hypotheses: a) de os interesses das partes serem inteiramente distinctos, b) de na relação juridica se destacar nitidamente a pessoa que a lei quer proteger, c) e de serem divergentes os interesses das pessoas que a lei tem por fim garantir.

a) Se os interesses das pessoas envolvidas numa relação juridica são distinctos e independentes, a solução é facil. applica-se a cada uma a sua lei pessoal e, portanto, na generalidade dos casos, a sua lei nacional. Se varias pessoas de diferente nacionalidade realizam um contracto, a capacidade contractual de cada uma pode certamente determinar-se pela respectiva lei nacional.

b) Se na relação juridica se destaca nitidamente a pessoa que a lei quer proteger, ainda é facil a solução. applica-se logicamente a lei pessoal dessa pessoa. Assim, nas relações estabelecidas entre tutor e pupilo, porque, segundo o espirito do direito moderno, a tutela é organizada em beneficio e para protecção do pupilo e do seu patrimonio, deverá applicar-se, como lei de protecção, a lei pessoal do pupilo. O mesmo quanto ao regimen do patrio poder. Existe este para protecção do filho e não para beneficio do pae e, porisso, os direitos e obrigações que o constituem devem ser determinados pela lei pessoal do filho. Num caso ou noutro, a lei pessoal só deve ser limitada na sua applicação pelas leis de ordem publica do estado onde forem exercidos o patrio poder ou a tutela.

c) Quando, finalmente, uma situação juridica respeita a duas pessoas cujos interesses são divergentes e entram com igual titulo na esphera das leis de protecção, a solução racional é a applicação cumulativa das leis pessoas dos interessados,

quando a applicação cumulativa seja possível. A protecção é devida egualmente a cada um dos interessados e porisso as leis protectoras devem coordenar-se emquanto as suas disposições forem compatíveis.

Se as leis pessoas dos interessados forem incompatíveis, não poderá obter-se uma solução rigorosamente *juridica*. Deverá em tal caso optar se pela solução que parecer mais *equitativa*. Isto, bem entendido, quando não houver um preceito de direito positivo, legislado ou consuetudinario, que imponha uma determinada solução, pois, quando assim aconteça, será essa a solução a adoptar. Esta doutrina tem applicação, por exemplo, em materia de reconhecimento voluntario dos filhos illegitimos. As leis relativas ao reconhecimento são, em regra, destinadas a proteger simultaneamente os interesses dos paes e os dos filhos. O reconhecimento deverá, pois, fazer-se em harmonia com a lei pessoal tanto do pae como do filho. Se as duas leis forem contradictorias nas suas disposições, por maneira a não poderem applicar-se cumulativamente, o prudente arbitrio do julgador decidir-se-á pela solução que mais aconselhada fôr pela equidade<sup>1</sup>.

57. Aceite o systema da lei nacional como meio de determinar a lei pessoal, e polendo as pessoas mudar de nacionalidade, importa verificar a influencia que a mudança de nacionalidade exerce na determinação da lei pessoal.

A mudança de nacionalidade produz a mudança de lei pessoal. É logico. De subdito dum estado, passa o individuo a ser membro doutro estado, e é já porisso tambem outro estado que tem o direito e o dever de o proteger como seu nacional,

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 321 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, tom. III, pagg. 317 e segg., e tom. IV, pagg. 11 e segg.

é outro o legislador competente para definir as suas leis de protecção, em summa, deve ser outra a sua lei pessoal.

E se, com a mudança de nacionalidade, o individuo fica com uma nova lei pessoal, é ainda logico que esta lei defina e regule os direitos que pela lei pessoal devem ser definidos e regulados. E nenhuma duvida poderá haver em que a nova lei pessoal deve ser applicada ás situações e relações juridicas constituídas posteriormente á mudança de nacionalidade.

O mesmo já não pode dizer-se relativamente aos direitos constituídos antes desse momento. Taes direitos, desde que sejam regularmente adquiridos sob o ponto de vista internacional, persistem apesar da mudança de nacionalidade. Assim, se um individuo fôr reconhecido por outro como seu filho á sombra duma lei pessoal competente para regular o reconhecimento, embora o pae ou o filho mude de nacionalidade e a nova lei pessoal já não admitta o reconhecimento, o estado do filho mantem-se como um direito regularmente adquirido.

Em que momento começa, porém, precisamente a competencia da nova lei pessoal e acaba a competencia da lei antiga? Em geral, a resposta é evidente. Esse momento coincide com a data da acquisição duma nova nacionalidade.

Todavia, casos ha em que a doutrina hesita em determinar o inicio da acção da lei nova e o limite da acção da lei antiga. Isto dá-se ou no caso de se constituir uma relação juridica que se liga com um facto anterior á acquisição da nova lei pessoal, ou no caso da pratica dum acto que determina a acquisição duma nova nacionalidade.

Do primeiro caso é exemplo frisante o reconhecimento dum filho natural que, tendo por nascimento uma determinada nacionalidade, adquire por naturalização uma nova nacionalidade. Discutem os auctores se as condições de legitimidade do reconhecimento, por parte do filho, devem ser determinadas pela lei da sua primeira nacionalidade ou pela lei da segunda. A

solução, porém, mais razoável parece-a de que se deve attender á lei pessoal do individuo ao tempo em que é praticado o acto do reconhecimento. Até ahí havia apenas a possibilidade do reconhecimento e não um direito constituído que devesse ser respeitado pela nova lei pessoal. Parece-nos porisso que pode formular-se o principio de que, quando se constitue uma relação juridica que entra no dominio da lei pessoal e se liga com um facto anterior á aquisição duma nova nacionalidade, essa relação juridica deve ser regulada pela nova lei pessoal sempre que o facto anterior não constitue um direito adquirido, mas representa uma simples condição de possibilidade da constituição da mesma relação juridica.

O segundo caso é exemplificado pela questão levantada na doutrina sobre se a capacidade matrimonial da mulher se deve determinar em harmonia com a lei da sua nacionalidade anterior ao casamento ou pela lei nacional do marido quando a mulher adquira, como em geral adquire, a nacionalidade do marido. Sustentam alguns que devia attender-se á lei nacional do marido, pois lhes parece justo que, produzindo o casamento a unidade de nacionalidade, seja da competencia exclusiva da lei correspondente a essa nacionalidade a determinação das condições de validade do casamento. Não consideramos, contudo, fundamentada esta doutrina. A unidade de nacionalidade resulta do casamento validamente celebrado e a capacidade para celebrar um casamento valido deve ser determinada pela lei a que a mulher está sujeita quando se procura verificar essa capacidade e não pela lei a que ficará sujeita depois do casamento. A mulher só perde a nacionalidade pelo acto mesmo do casamento e, porisso, até esse acto, rege a lei da sua nacionalidade. O mesmo poderá dizer-se de qualquer outro caso em que a continuação duma relação juridica determine a perda da nacionalidade. A antiga lei pessoal deve reger até á pratica do acto respectivo, mesmo para a determinação das condições

de validade do acto, quando essas condições entrem no dominio da lei pessoal <sup>1</sup>.

58. A lei pessoal tem a sua esphera de acção delimitada pelo fim social das leis, devendo applicar-se a todas as relações juridicas em que a regulamentação legal se propõe assegurar o interesse immediato e pessoal do individuo. A lei que se propõe o interesse immediato e impessoal da collectividade é uma lei de garantia social e a sua applicação deve ser geral e portanto territorial.

Como verificar, porém, se uma lei se propõe immediatamente o interesse dos individuos ou o interesse da collectividade, para a considerar de protecção individual ou de garantia social?

Em harmonia com as ideias do escriptor que formulou esta classificação das leis, A. PILLET, podemos estabelecer um duplo criterio de verificação, referente o primeiro ao modo por que a lei realiza o bem social, e respeitante o segundo aos consecutarios da não applicação da lei.

É indubitavel que toda a lei se propõe realizar o bem social, assim como é certo que toda a lei contem uma limitação da liberdade humana, já que o direito, de que a lei é a expressão, constitue um principio de cooperação social e um meio de ordenação das actividades individuaes. Comtudo, o bem social ou se traduz num beneficio da pessoa em quem se torna efectiva a limitação estabelecida pela lei, de modo a tornar-se evidente que o legislador só pede ao individuo um sacrificio *lucrativo*, ou se affirma no sacrificio imposto a um individuo em proveito de todos, tornando-se patente que nenhum inte-

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pag. 326; FERROUD, *Des conséquences d'un changement de la loi personnelle*, no *J. D. I. P.*, 1905, pag. 292.

resse resulta para a pessoa cuja liberdade é limitada ou cuja conducta é disciplinada. Assim, é bem differente a limitação da liberdade contractual que torna nullos os contractos feitos por menores, em que é visível o fim de defender os interesses dos mesmos menores, da limitação da liberdade do malfeitor pela imposição de penas e responsabilidades que inutilizem a sua actividade criminosa e assegurem a tranquillidade geral, em que é claro o destino de garantir o interesse de todos os membros da collectividade. No primeiro caso a lei é de protecção individual, no segundo é já de garantia social. O caracter da lei determina-se, assim, pelo processo directo da investigação do seu fim social.

Quando este processo fôr insufficiente, recorrer se-á ao processo indirecto da verificação da incidencia do prejuizo resultante da não applicação da lei. Se o prejuizo recae determinadamente sobre uma pessoa e com elle nada soffrem as demais, a lei é de protecção pessoal; se ao contrario o prejuizo affecta indistinctamente todas as pessoas, a lei é de garantia social. São frisantes os exemplos apresentados por PILLET. A lei que prohibe o deposito de substancias explosivas junto dos logares habilitados é de garantia social, pois que a sua não execução é uma ameaça e um perigo para todas as pessoas, ao passo que a lei que prohibe a doação de bens futuros é uma lei de protecção individual, pois que a sua não applicação é apenas prejudicial para o doador.

Sempre que, portanto, pela analyse do fim da lei ou pela apreciação do resultado da sua não applicação se verifique que ella visa o interesse immediato e pessoal dos individuos, será uma lei de protecção individual e deverá porisso ser de applicação permanente e exterritorial.

O campo de applicação normal da lei pessoal é, porém, constituído pela regulamentação legal do estado e capacidade das pessoas, das relações de familia, das doações e das successões,

A exterritorialidade das leis reguladoras do estado e da capacidade civil fixou-se já com firmeza na doutrina e nas legislações, podendo dizer-se hoje um principio corrente e de direito commum. E a lei pessoal deve regular não só o que alguns escriptores chamam a *capacidade abstracta*, ou a aptidão geral para o exercicio de direitos, mas ainda a *capacidade concreta*, ou a aptidão para praticar um determinado acto juridico, pois, applicá-la sómente á regulamentação da capacidade abstracta, equivaleria a tornar illusoria a auctoridade da lei pessoal, que teria de ceder em cada caso á *lex loci*, ficando assim prejudicada a estabilidade da situação juridica dos individuos, que se pretende obter com a exterritorialidade da lei pessoal. Ainda pela lei pessoal se devem determinar as incapacidades estabelecidas com um fim de protecção dos individuos, como a incapacidade dos menores e dos interdictos, e bem assim se devem determinar as instituições de protecção dos incapazes, como a tutela e a curatela, pois se trata de leis de protecção individual e portanto caracteristicamente exterritoriaes.

A familia é uma fórma do estado das pessoas, e porisso tanto a capacidade para celebrar o acto por que se constitue—o casamento, como as relações que determina ou entre os conjuges ou entre paes e filhos se regulam em geral pela lei pessoal, embora a divergencia de lei pessoal dos conjuges antes ou mesmo depois do casamento e a possivel divergencia entre a nacionalidade dos paes e dos filhos origine problemas secundarios quanto á determinação da lei pessoal que deve prevalecer em cada caso especial, podendo formular se o principio geral de que deve prevalecer a lei pessoal daquelle que pretende proteger-se ou a lei pessoal do marido quando se trate de interesses respeitantes á unidade da familia.

As doações, tendo como resultado despojar o doador do seu patrimonio sem qualquer compensação, entram naturalmente

no dominio da lei pessoal naquillo que tõem de característico, como o que respeita aos principios da *actualidade* (se podem ou não abranger bens futuros, cod. civil português, artt. 1452.º e 1453.º) e da *irrevogabilidade* e suas limitações (cod. cit., artt. 156.º e 1482.º), pois a actualidade, a irrevogabilidade e as causas de revogação das doações são estabelecidas no interesse do doador e de seus herdeiros e porisso se integram naturalmente na esphera d'acção das leis de protecção individual.

A successão legitima basea se nas relações de familia e a successão testamentaria é manifestação da capacidade ou poder pessoal do individuo, e portanto uma e outra devem ser logicamente reguladas pela lei pessoal do auctor da herança, «pelo que respeita, segundo os termos do artigo 1.º da convenção da Haya sobre successão de 17 de julho de 1905, á designação successiveis, á ordem segundo a qual são chamados, aos quinhões que lhes pertencem, á quota disponivel, á legitima, á validade intrinseca e aos effeitos das disposições testamentarias, quaesquer que sejam a natureza dos bens e o pais da sua situação».

Comtudo, a applicação da lei pessoal na regulamentação do estado e capacidade das pessoas, das relações de familia, das doações e das successões encontra uma natural restricção nas leis de interesse e ordem publica do estado onde a mesma lei pessoal deva ser applicada. Deriva a restricção da necessidade de garantir os interesses geraes do estado local, que devem ser defendidos da perturbação que pode resultar da applicação das leis estrangeiras. Assim, num estado onde a familia é monogamica e indissoluvél, não poderá um estrangeiro contraír segundo casamento emquanto viva o primeiro consorte, assim como não poderá pedir a dissolução do casamento, embora a polygamia e o divorcio lhe sejam permittidos pela sua lei pessoal, pois semelhantes factos são contrarios aos principios

de interesse e ordem publica que no estado local presidem á organização da familia.

O direito portuguez consagra os principios que acabamos de esboçar relativamente á applicação da lei pessoal, reconhecendo esta na sua fórma de lei nacional.

Sobre o estado e capacidade das pessoas, são expressos os artt. 24.º e 27.º do codigo civil e 12.º do codigo commercial, que os mandam regular pela lei do país a que o individuo pertence, ou seja pela lei nacional.

Sobre as relações de familia não ha no codigo civil disposição de character geral. Comtudo, porque a aptidão para contrair casamento é manifestação da capacidade civil e a familia é uma fórma de estado das pessoas e os artt. 24.º e 27.º sujeitam o estado e capacidade á lei nacional, porque os artt. 1065.º e 1066.º exigem para a validade do casamento celebrado em país estrangeiro, quer entre portuguez e portuguesa quer entre portuguez e estrangeira ou entre portuguesa e estrangeiro, que se cumprem quanto ao conjuge portuguez as condições exigidas pela lei portuguesa, donde se infere por analogia que quanto ao conjuge estrangeiro devem ser cumpridas as exigencias da lei do seu país, e porque o art. 1107.º manda regular o regimen de bens do casamento, na falta de contracto antenupcial, pela lei nacional do marido, parece legitima a conclusão de que, segundo o codigo civil, as relações de familia são reguladas pela lei pessoal sob a sua fórma de lei nacional <sup>1</sup>.

A respeito de doações guardou o codigo inteiro silencio. Entretanto, se o codigo civil reconheceu leis pessoas e extratorias, foi certamente no interesse e para protecção dos individuos, e porisso a extritorialidade deverá logicamente

---

<sup>1</sup> Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pagg. 95 e segg.

alargar-se a todas as relações jurídicas reguladas por leis de protecção individual.

Ainda em materia de successões a lei civil é quasi omissa. Apenas determinou a fórma que devem revestir os testamentos feitos por portuguezes ou estrangeiros em país estrangeiro para que possam produzir effeitos em Portugal, subordinando-os dum modo geral ao principio *locus regit actum* (cod. cit., artt. 1961.º e 1965.º). Em todo o caso, ainda aqui a omissão da lei se deve supprir em harmonia com os principios acima estabelecidos. Em verdade, a successão legitimaria e a successão legitima baseam-se nas relações de familia, e porisso deverão regular-se pela lei pessoal do auctor da herança, visto ser tambem a lei pessoal a lei normalmente competente para regular as relações de familia. A successão testamentaria é manifestação da capacidade individual e como tal entra naturalmente no dominio da lei pessoal como lei reguladora da capacidade das pessoas. Além disso, havendo, como ha, semelhança entre o acto testamentario e o acto juridico em que se determina o regimen de bens no casamento, e submittendo o art. 1107.º a determinação deste regimen á acção da lei pessoal, á lei pessoal deverá subordinar-se por analogia a successão testamentaria. Portanto, a tudo em que esta successão não possa ficar dependente da vontade do testador e a tudo em que a vontade deste se não manifeste, deverá applicar-se á lei nacional do auctor da herança <sup>1</sup>.

Notaremos, porém, que, tambem segundo o direito portuguez, a applicação das leis estrangeiras reguladoras do estado e capacidade, relações de familia, doações e successões de estrangeiros é limitada pelas leis portuguezas de interesse e ordem publica. É o que já revelavam os artt. 964.º e 1107.º

---

<sup>1</sup> Sr. dr. J. A. DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 92 e segg.

do código civil, donde se infere que o regimen da propriedade immobiliaria sita em Portugal é regulado pela lei portugueza como lei de ordem publica, e claramente estabeleceram os artt. 1088.º, § 1.º n.º 5, do código do processo civil, e 4.º, § unico, e 12.º do código commercial, que, de modo expresso determinarem que o direito estrangeiro não poderia prevalecer contra as leis portuguezas de direito publico ou de ordem publica, disposições que, se fôsse necessario, se applicariam por analogia em direito civil.

## § II

### Leis de garantia social <sup>1</sup>

SUMMARY: — 59. Noção e caracteres geraes das leis de garantia social ou leis de ordem publica. Criterio fundamental da determinação das leis de ordem publica. — 60. Distincção entre leis de ordem publica interna e leis de ordem publica internacional. Seu significado e valor. — 61. Indicação summaria das principaes leis de ordem publica. — 62. Determinação da competencia das leis de ordem publica. — 63. Valor internacional da territorialidade das leis de ordem publica.

59. Parallelamente ao principio da applicação *permanente e exterritorial* das leis de protecção pessoal, todos os escripto-

---

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 367 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 301 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 228; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 266 e segg.; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XIX, pagg. 354 e segg., e *J. D. I. P.*, 1908, pagg. 351 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 276 e segg.; AUBRY, *De la notion de territorialité en droit international privé*, no *J. D. I. P.*, 1900, pagg. 689 e segg.; BARTIN, *Études de droit international privé*, pagg. 189 e segg.; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pag. 30; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pagg. 226 e segg.; etc.

res admittem, como regra ou como excepção, a existencia de leis que, formuladas no interesse geral de cada comunidade politica, devem ser de applicação *geral* e *territorial* e servir de limite á applicação das leis estrangeiras. Semelhantes leis, geralmente chamadas *leis de ordem publica* e designadas por PILLET *leis de garantia social*, tõem por função *defender* o interesse da comunidade nacional contra as exigencias do commercio internacional.

Mas, se os escriptores são unanimes em admittir a existencia de leis de ordem publica para garantia dos interesses das comunidades politicas em face dos interesses da comunidade internacional, bem como em reconhecer a territorialidade e generalidade na applicação dessas leis, deixam de sê-lo quando se trata de formular o criterio discriminador das mesmas leis e de enumerar com precisão as suas differentes especies. Assim, uns declaram de ordem publica as leis relativas aos direitos da sociedade (LAURENT), outros as leis que protegem os interesses collectivos e cuja infracção produz a nullidade insanavel dos actos praticados contra as suas disposições, isto é, as leis absolutamente imperativas (FIORE), outros as leis de interesse geral (WEISS), outros as leis referentes aos interesses essenciaes do estado (DESPAGNET), outros as leis que constituem condições essenciaes á existencia e desinvolvimento do estado (dr. MARNNUCO E SOUSA), outros as leis que traduzem a falta relativa de comunidade internacional entre o estado local e os outros estados (BARTIN), outros as leis que são escriptas no interesse de *todos* e não sómente no interesse de *cada um* (PILLET), e outros ainda formulam outros criterios segundo o principio que lhes parece melhor para traduzir á ideia de garantia do interesse de cada estado em face dos interesses do commercio internacional. Sem apreciarmos os criterios apresentados pelos differentes escriptores, procuraremos formular aquelle que, em nosso intender, melhor caracteriza as leis de

garantia social e procuraremos depois determinar as diversas especies de leis que devem entrar nessa categoria.

O criterio que julgamos melhor já acima fica esboçado. Admittimos, com PILLET, a classificação das leis em *leis do protecção individual* e *leis de garantia social* e aceitamos como base fundamental da classificação o *fin immediato* das leis, agrupando na primeira classe as leis que se propõem garantir o interesse singular dos individuos e agrupando na segunda as que tõem por fim defender os interesses communs da collectividade assegurando as condições da sua organização e do seu funcionamento. As leis de protecção individual são assim as que attendem ao interesse *pessoal* de cada um e as de garantia social as que attendem ao interesse *impessoal* da collectividade.

A differença resulta da dupla missão do legislador nas sociedades modernas, o qual, por um lado, é protector dos interesses particulares, e, por outro, organiza e representa os interesses da communidade. Na primeira qualidade, formula leis de protecção individual, na segunda promulga leis de ordem publica ou de garantia social. Assim, ao definir principios sobre capacidade e sobre incapacidades e meios de as supprir, attende o legislador aos interesses dos individuos como taes, faz leis de protecção individual, ao passo que, estabelecendo regras de direito penal, attende ao interesse de toda a collectividade, faz leis de ordem publica.

As leis de ordem publica são, pois, as leis formuladas no interesse de *todos*, que aproveitam a toda a communidade e cuja violação representa um perigo e uma ameaça para todos os membros da mesma communidade.

A maior ou menor indeterminação dos criterios até hoje apresenta-los para definir as leis de garantia social conduziu á especificação progressiva pela doutrina e pelo direito positivo, como já dissemos, das leis de protecção dos interesses collectivos. É caracteristico o systema seguido pelas conferencias de

direito internacional privado da Haya e das convenções concluídas sobre os seus trabalhos. As conferencias e as convenções de 1902 e 1905 ou *precisaram* as leis de ordem publica, como se fez na convenção sobre a capacidade matrimonial e forma do casamento, ou impuseram aos estados signatarios a obrigação de mutuamente *se communicarem*, por intermedio do governo hollandês, as disposições das suas leis que considerem obrigatorias para nacionaes e estrangeiros, como se praticou na convenção sobre successões e testamentos. Dum modo ou doutro, fica bem explicito o que em cada país respeita á ordem social.

60. A generalidade dos internacionalistas admite a distincção entre *leis de ordem publica interna*, aquellas que são obrigatorias unicamente para os cidadãos do estado legislador, como são as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas e ás relações de familia, e *leis de ordem publica internacional*, aquellas que são obrigatorias tanto para nacionaes como para estrangeiros, como são as leis respeitantes á organização da propriedade immobiliaria, as leis de competencia e processo e as leis penaes. E a mesma distincção apparece por vezes na doutrina com as designações de *leis de ordem publica absoluta* e leis de *ordem publica relativa* ou leis de *ordem publica universal* e leis de *ordem publica particular*.

Segundo esta distincção, ha uma fórma de ordem publica, mais extensa na sua publicação, abrangendo nacionaes e estrangeiros, e mais limitada no seu conteúdo, constituída pelas leis que directa e immediatamente garantem os interesses da collectividade, é a *ordem publica internacional*, e outra fórma de ordem publica, menos extensa na sua applicação, abrangendo apenas os nacionaes, e mais ampla no seu conteúdo, compreendendo todas as leis que entram na ordem publica internacional, e, além disso todas as leis com que directa e immediatamente

se protegem os interesses pessoaes dos individuos, mas cuja observancia se impõe imperativamente á sua vontade, sem que possam derogá-las as convenções entre particulares, é a *ordem publica interna*.

Embora alguns escriptores, como PILLET, critiquem e rejeitem esta distincção, por ella identificar as leis de ordem publica com as leis imperativas ainda quando estas tendam á garantia dos interesses particulares, pois lhes parece que apenas são verdadeiras leis de ordem publica as que organizam e protegem os interesses impessoaes da collectividade, sendo os individuos apenas occasião para applicar taes leis, as quaes só lhes aproveitam como participantes nas vantagens que são de toda a communição, a verdade é que a doutrina a accieita geralmente, pelo que importava dar della noticia e determinar o sentido em que empregamos a impressão — leis de ordem publica. Chamaremos assim as leis que obrigam tanto nacionaes como estrangeiros, e porisso, quando falarmos de leis de ordem publica, deve intender-se que nos referimos ás leis que ordinariamente se denominam leis de ordem publica internacional. A questão é tambem, em parte, uma questão de terminologia, sendo portanto indispensavel tornar certo o sentido das palavras.

61. Formulado o criterio que, a nosso ver, deve orientar a determinação das leis de garantia social, estudemos as suas principaes applicações.

a) *Leis politicas e administrativas*. As leis politicas, destinadas a regular a organização e o exercicio da soberania do estado, entram, segundo o conceito de todos os escriptores, na categoria das leis de ordem publica, como leis necessarias á existencia do estado que se impõem ao respeito tanto de nacionaes como de estrangeiras. As leis politicas, emquanto definem os direitos politicos e regulam o seu exercicio, não abrangem

naturalmente os estrangeiros, os quaes não gosam quasi universalmente daquelles direitos. Abrangem-nos, porém, emquanto limitam os poderes do estado e garantem os direitos ou liberdades publicas, que, embora pertençam a nacionaes e a estrangeiros, só podem ser exercidos em harmonia com as leis territoriaes, assim como os abrangem no seu aspecto penal ao punir os crimes que elles possam commetter contra as instituições ou contra a segurança do estado.

As leis administrativas regulam a organização e execução dos serviços publicos, continuam e completam a acção das leis politicas e são como estas de applicação geral e territorial.

b) *Leis de competencia e processo.* Os tribunaes dos estados civilizados estão abertos aos estrangeiros para a definição e defesa dos direitos que lhes são reconhecidos pelas leis locais, mas são órgãos dum dos poderes do estado e manifestação da soberania nacional e como taes se impõem aos estrangeiros tanto nos principios que definem a sua competencia como nas regras de processo a seguir no exercicio das suas funcções. Entre as consequencias do principio de que as leis de competencia são de ordem publica, apparece a de que os tribunaes commerciaes dum país só são competentes para conhecer das questões relativas a actos que a *lex fori* considere actos de commercio. Embora um acto deva considerar-se ou não de commercio segundo a lei do país onde fôr praticado para o effeito de determinar o *modo* como deve ser provado e a *lei* que lhe deve ser applicada, para o effeito da competencia é a *lex fori* que declara a sua qualificação.

c) *Leis de segurança: leis penaes.* As leis destinados a garantir a segurança da pessoa e dos bens dos individuos são leis de ordem publica, que protegem tanto nacionaes como estrangeiros e que a todos obrigam de modo igual.

As leis de segurança pertencem as *leis penaes*. As leis penaes são territoriaes no duplo sentido de que os crimes com-

mettidos contra estrangeiros são punidos da mesma fórma que os commettidos contra nacionaes e de que os crimes commettidos por estrangeiros são punidos como os commettidos por subditos locaes <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A territorialidade das leis penaes não conduz, porém, sempre á egualdade entre nacionaes e estrangeiros. As differenças podem resultar:

1.º) *De tratados.* Comprehende-se que por meio de convenções os estados aceitem um regimen especial para a punição dos criminosos estrangeiros. Isto, porém, dá-se apenas porventura nos países de capitulações.

2.º) *Da natureza do delicto.* Ha delictos que só podem ser commettidos por estrangeiros, como são os previstos e punidos pelas leis que regulam a sua residencia no país; e ha outros que só podem commetter os nacionaes, como são os praticados no exercicio de funcções publicas inacessiveis aos estrangeiros.

3.º) *Da qualidade das pessoas.* Certas pessoas são isentas das justiças penaes territoriaes. É o que se dá com os chefes de estado, e com os agentes diplomaticos, que não podem ser processados nem punidos pelos tribunaes estrangeiros.

4.º) *Do lugar do delicto.* Os crimes commettidos a bordo dum navio de guerra estrangeiro e os commettidos a bordo dum navio mercante estrangeiro entre gente da tripulação e quando não seja perturbada a tranquillidade do porto estão isentos das justiças locaes. Uma isenção semelhante á concedida aos navios de guerra estrangeiros é a estabelecida em relação á força armada que se encontre em país estrangeiro. Os delictos militares ou communs commettidos pelos membros dessa força dentro do territorio occupado, em vez de sujeitar-se ás leis e jurisdicções territoriaes, ficam sujeitos ás leis e jurisdicções nacionaes.

Tambem o principio da territorialidade da lei penal pode ser modificado no sentido de as leis dum país serem applicadas a delictos commettidos em país estrangeiro. Assim, a isenção concedida aos agentes diplomaticos, aos navios de guerra ou mercantes e á força militar em país estrangeiro não significa impunidade, mas simples *deslocação* da jurisdicção e *substituição* da pena e, porisso, os agentes diplomaticos, os marinheiros militares, os agentes de crimes commettidos a bordo dos

Ao lado das leis penaes, que são leis de *prevenção*, embora a *repressão* seja um meio de dar efficacia ás suas *ameaças*, devem collocar-se as *leis pallocias*, leis claramente preventivas

navios mercantes e os membros de forças militares que occupem territorios estrangeiros, serão punidos pelos tribunaes e segundo as leis do seu país. Ainda a lei penal se applica exterritorialmente aos delictos commettidos por nacionaes ou estrangeiros em país estrangeiro contra a vida politica e economica do estado ou quando é necessario assegurar a punição dos criminosos que, pelo facto de não ser concedida em geral a extradicação de nacionaes, não seriam entregues ao estado em que delinquiram. É o que bem se depreheende do art. 53.º do codigo penal portuguez: «A lei penal é applicavel, não havendo tratado em contrario: 3.º aos crimes commettidos por portuguez em país estrangeiro contra a segurança interior ou exterior do estado, de falsificação de sellos publicos, de moedas portuguezas, de papeis de credito publico ou de notas de banco nacional, de companhias ou estabelecimentos legalmente auctorizados para a emissão das mesmas notas, não tendo os criminosos sido julgados no país onde delinquiram; 4.º aos estrangeiros que commetterem qualquer destes crimes, uma vez que compareçam em territorio portuguez ou se possa obter a entrega delles; 5.º a qualquer outro crime ou delicto commettido por portuguez em país estrangeiro, verificando-se os seguintes requisitos — *α*) sendo o criminoso ou delinquente encontrado em Portugal, *β*) sendo o facto qualificado de crime ou delicto tambem pela legislação do país onde foi praticado, *γ*) não tendo o criminoso ou delinquente sido julgado no país em que commetteu o crime ou delicto. § 2.º Quando aos delictos de que trata o n.º 5.º só forem applicaveis penas correccionaes, o ministerio publico não promoverá a formação e julgamento do respectivo processo, sem que haja queixa da parte offendida, ou participação official da auctoridade do país onde se commetterem os mencionados delictos. § 3.º Se nos casos dos n.ºs 3.º e 5.º o criminoso ou delinquente, havendo sido condemnado no logar do crime ou delicto, se tiver subtraído ao cumprimento de toda a pena ou de parte della, formar-se-á novo processo perante os tribunaes portuguezes, que, se julgarem provado o crime ou delicto, lhe applicarão a pena correspondente pela nossa legislação, levando em conta ao reu a parte que já tiver cumprido».

para segurança das pessoas e da propriedade e que concorrem para manter a ordem no seio do estado.

Como leis de segurança e portanto de ordem publica ainda se consideram as leis relativas á responsabilidade civil resultante de factos illicitos, sendo a lei do estado onde o facto é praticado a competente para determinar a reparação devida e designar as pessoas que devem prestá-la,

d) *Leis relativas á propriedade.* As leis que definem a *condição jurídica dos bens*, organizando a propriedade, determinando os direitos dos proprietarios e fixando os limites do exercicio desses direitos, são leis de ordem publica por se destinarem a garantir os interesses economicos da nação. Os immoveis, desde os estatutarios que são submettidos á *lex rei sitae*, constituindo, como vimos, as leis a elles relativas o *estatuto real*. Os moveis eram sujeitos á lei do domicilio pelo principio — *mobilia personam sequuntur*. Comtudo, com WAECHTER e SAVIGNY, seguidos nesta parte pela maioria dos internacionalistas, appareceu e radicou-se a doutrina de que tambem os moveis deviam ser submettidos á *lex rei sitae* como elemento progressivamente importante, se não preponderante, da riqueza publica e uma das grandes manifestações da economia do estado, por fórma a GRASSO poder dizer qde «a *lex rei sitae* é a lei natural dos direitos reaes» e poder hoje considerar-se firmemente estabelecido o principio da unidade e da territorialidade da lei reguladora dos bens moveis e immoveis.

Deve, porém, notar-se que a territorialidade das leis relativas á propriedade se limita á organização da propriedade e dos direitos reaes bem como das restricções ou servidões que podem effectuar os direitos dos proprietarios, isto é, a *lex rei sitae* applica-se ás coisas consideradas em si mesmas e não em relação ás pessoas a quem ellas pertencem ou que sobre ellas têm direitos. Concretizando o principio estabelecido, podemos dizer que a *lex rei sitae* se applica quando se trate dalgum

destes pontos: — 1.º) classificação das coisas, determinação das que são moveis ou immoveis, estão ou não no commercio, etc; 2.º) indicação dos direitos reaes que se podem ter sobre as coisas e a sua extensão; 3.º) modos de aquisição e modos e condições da transmissão da propriedade para que produza effeitos entre as partes, ou em relações a terceiros; 4.º) garantias reaes (privilegio, hypotheca, penhor, etc.) no seu reconhecimento, extensão e gradação; 5.º) condições e duração da prescrição immobiliaria nas suas diversas applicações. Salvo, porém, o regimen da propriedade, podem as relações patrimonias, que tenham as coisas por objecto, ser reguladas por leis differentes da lei territorial. É assim que a successão de moveis ou immoveis pode ser regulada pela lei pessoal do auctor da herança e a fórma dos actos juridicos da sua transmissão pela lei do logar da celebração.

O codigo civil portuguez foi pouco explicito ácerca da lei reguladora da propriedade. Apenas se referiu directamente á propriedade immobiliaria, sita no reino, de portuguezes que viagem ou residam em país estrangeiro, na primeira parte do art. 24.º — «*Os portuguezes que viagem ou residam em país estrangeiro conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua propriedade immobiliaria emquanto aos actos que houverem de produzir nelle os seus effeitos*», e á propriedade immobiliaria, sita no reino, de portuguezes ou estrangeiros, no art. 1107.º, relativo ao regimen de bens no casamento, — «Se o casamento fôr contraído em país estrangeiro, entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portuguesa, e nada declararem nem estipularem os contraentes relativamente a seus bens, intender-se-á que casaram conforme o direito common do país do conjuge varão, *sem prejuizo do que se acha disposto neste codigo relativamente aos bens immoveis*», e fez uma referencia indirecta á propriedade immobiliaria, sita no reino, de portuguezes ou estrangeiros, no art. 964.º — «As

*hypothecas contraídas em país estrangeiro, sobre bens existentes no reino, só produzem os seus effeitos desde o dia em que são registadas nas respectivas conservaterias nacionaes». A respeito de moveis guardou inteiro silencio. Que pensar, pois, sobre o regimen internacional da propriedade reconhecido pelas leis portuguezas?*

Sobre a propriedade immobiliaria de portuguezes sita em Portugal não pode haver duvida. Regula-a a lei portuguesa. É expresso o art. 24.<sup>o</sup>

Quanto á propriedade immobiliaria de estrangeiros sita no reino, tambem parece certo que deve regulá-la a lei portuguesa. É o que resulta dos artt. 964.<sup>o</sup> e 1107.<sup>o</sup> do codigo civil e das declarações do seu acto. O art. 964.<sup>o</sup>, sujeitando á publicidade pelo registo em Portugal as hypothecas contraídas no estrangeiro sobre bens sitos no reino, não distingue entre proprietarios portuguezes e estrangeiros; o art. 1107.<sup>o</sup> não permite modificar no contracto de casamento as disposições da lei portuguesa sobre bens immoveis; o auctor do codigo civil, referindo-se á efficacia no país das leis estrangeiras relativas á capacidade civil, escreveu estas significativas palavras: — «Mas esta regra assim absolutamente estabelecida poderia conduzir algumas vezes a resultados inadmissiveis, ou emquanto ao interesse particular ou emquanto ao interesse publico; e é por isso que se acharão nos logares competentes do codigo diversas excepções. Taes são, por exemplo, os contractos e actos considerados immoraes ou ilicitos, ou contrarios á ordem publica, segundo a lei do país, ou que forem oppostos ás leis que regem a propriedade immobiliaria» <sup>1</sup>.

Relativamente aos *moveis* quer de nacionaes quer de estran-

---

<sup>1</sup> *Apostilla* (n.º 3) á censura do sr. ALBERTO MORAES DE CARVALHO, pagg. 18 e 19.

geiros; nada diz a lei, mas explicou se sufficientemente o VISCONDE DE SEARA, para podermos julgar que o pensamento do legislador foi sujeitá-los á *lex rei sitae* e portanto á lei portugueza quando sitos em Portugal. Eis as suas palavras: «Poderá notar-se, que se não encontra no código disposição alguma expressa relativa á propriedade mobiliaria, sendo grande a controversia entre os auctores, se deve ser regida pelo Estatuto pessoal ou pelo Estatuto real. Respondemos, que muito de pensado não tocamos este ponto *para o deixar aos principios geraes. Se esta propriedade não entra na esphera das leis concernentes á capacidade; ou na esphera das leis immobiliarias; se não ha excepção, fica evidente, que estará sujeita á lei geral do país.* E que diz esta lei? — que os estrangeiros terão os mesmos direitos e obrigações civis que os portuguezes, emquanto aos actos que houverem de produzir os seus effeitos no reino. A palavra — **actos** — está aqui na sua maior generalidade. *Se os moveis se acham em país estrangeiro; se os actos acerca delles não hão de produzir os seus effeitos no reino, é claro que a lei portugueza os não pode alcançar, e terá a seu respeito logar a disposição da lei estrangeira, ou, por outras palavras, o DIREITO REI SITAE, que é a doutrina mais justa e mais racional*»<sup>1</sup>. Não ha nada mais claro. A propriedade mobiliaria de estrangeiros sita em Portugal está sujeita á lei geral do país, pelo principio geral de que os estrangeiros gosam no reino dos mesmos direitos que os portuguezes e pela razão especifica de que o *direito rei sitae* é o mais justo e o mais racional na regulamentação da propriedade mobiliaria.

e) *Leis moraes.* As leis inspiradas nas ideas moraes que dominam a organização social representam uma garantia do res-

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pagg. 19 e 20.

peito dos sentimentos communs e um factor do bem estar geral e, como taes, devem ser igualmente obrigatorias para nacionaes e estrangeiros e revestir o valor de leis de ordem publica. Traduzem o grau do *progresso moral* duma sociedade num determinado estadio de civilização que não pode ser sacrificado ao imperio de leis estrangeiras. As leis que prohibem — a escravatura, a polygamia, o divorcio, o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos, os actos immoraes, em summa, as leis que consagram as grandes regras de moral que cada estado considera indispensaveis ao seu modo de ser social, são leis limitadoras da applicação das leis estrangeiras e naturalmente obrigatorias para todos os que habitam o territorio do mesmo estado.

f) *Leis fiscaes*. A theoria relativa á situação juridica dos estrangeiros sob o ponto de vista fiscal é dominada por tres principios fundamentaes: — 1.º o principio da *unidade de imposição*, 2.º) o principio da *egualdade tributaria*, 3.º) e o principio da *territorialidade das leis fiscaes*.

1.º) O primeiro principio consiste em os individuos serem tributados *sómente num país* por cada um dos elementos do seu patrimonio, principio opposto á pluralidade de imposição, que poderá resultar da diversidade de systemas tributarios nos varies países, como se num estado é adoptado o systema do imposto geral sobre o rendimento, tributando a totalidade do patrimonio do individuo e compreendendo ainda os bens situados em país estrangeiro, e noutro é seguido o systema do imposto especial sobre cada um dos elementos do patrimonio, collectando mesmo os rendimentos dum estrangeiro realizados no país, o que fará com que a mesma fonte de rendimento seja duas vezes tributada. O meio mais simples de os estados se approximarem do principio da unidade de imposição será cada um tributar sómente os bens existentes no seu territorio.

2.º) O principio da egualdade tributaria significa que os estrangeiros devem pagar os mesmos impostos que pagam os nacionaes, e essa é a ideia mais simples que se contem no principio, e que, relativamente a cada imposto, um estrangeiro deve pagar a mesma collecta que pagaria um nacional nas suas condições, de modo que a sua qualidade de estrangeiro não agrave a sua situação tributaria nem o obrigue ao pagamento de impostos que nas mesmas condições de facto não pagaria um nacional.

3.º) O principio da territorialidade das leis fiscaes, principio que por agora principalmente nos interessa, refere-se ao exercicio do direito de cobrar o imposto e indica que são as leis locaes que determinam as regras relativas á quota, ao lançamento e á cobrança de cada imposto. Não pode o estado ter dois systemas de organização fiscal, um para nacionaes e outro para estrangeiros, e porisso, desde que um estrangeiro esteja nas condições de facto que justificam o pagamento dum imposto, devem ser-lhe applicadas as leis locaes que regulam esse imposto <sup>4</sup>.

g) *Leis relativas ao credito publico.* Entram nesta categoria

---

<sup>4</sup> Sobre a situação dos estrangeiros em Portugal relativamente ao pagamento de impostos, vide: contribuição predial, reg. de 25 de agosto de 1881, art. 1.º; contribuição industrial, reg. de 16 de julho de 1896, art. 1.º, § 1.º, n.º 1, e § 2.º, e dec. de 21 de outubro de 1907, art. 64.º; contribuição de renda de casas e sumptuaria, reg. de 24 de abril de 1902, art. 1.º; decima de juros, reg. de 3 de julho de 1896, art. 1.º, n.º 1.º; contribuição de registo, reg. de 23 de dezembro de 1899, artt. 1.º e 4.º, n.ºs 5.º, 6.º e 7.º; imposto do sello, tabella geral, verbas n.ºs 45 e 48, e reg. de 9 de agosto de 1902, artt. 1.º, 132.º, 135.º e 242.º; direitos de mercê, dec. de 16 de agosto de 1898, art. 2.º, alinea j); emolumentos de secretaria, lei de 16 de abril de 1867, tabella, v.º condecorações, alinea 10); imposto de rendimento, reg. de 12 de novembro de 1880, art. 2.º

todas as leis destinadas a garantir a lealdade e a segurança nas transacções, como são as leis referentes á circulação metálica ou fiduciaria, á publicidade dos actos juridicos e á garantia dos direitos de terceiros. Estas e outras leis de credito publico são estabelecidas no interesse da comunidade e porisso revestem naturalmente a qualidade de territoriaes.

As leis de credito publico pertencem as leis sobre execuções, que regulam a intervenção do poder publico com o fim de assegurar ao individuo a effectividade dos seus direitos. Semelhantes leis são manifestação da acção judiciaria, regulam uma função publica, são leis de garantia social.

62. Assente que as leis de ordem publica são leis territoriaes, segue-se a determinação da lei territorial competente para regular uma situação ou uma relação juridica.

Em geral poderá dizer-se que é competente a lei do estado que preponderantemente defenda os interesses duma determinada comunidade politica em face dos interesses da comunidade internacional.

A determinação é simples quanto ás leis politicas e administrativas, de competencia e processo, penaes, fiscaes e relativas á organização da propriedade.

As leis politicas e administrativas podem considerar-se em relação aos cidadãos ou em relação aos estrangeiros. Quanto aos nacionaes, só a lei do seu país pode determinar os seus direitos e deveres como cidadãos e portanto a sua cooperação na vida politica ou na administração publica. Quanto aos estrangeiros, as leis politicas e administrativas só podem affectá-los enquanto elles se encontrem dentro do territorio do estado legislador e portanto é exclusiva a competencia das leis do estado de domicilio, residencia ou passagem dos mesmos estrangeiros.

As leis de competencia e processo a observar na defesa ju-

dicial dos direitos do individuo são as do país onde a acção tiver de ser intentada. Ainda aqui não pode haver duvida na determinação da lei de ordem publica competente.

As leis penaes representam o meio de reacção contra a perturbação da ordem e tranquillidade produzida pela pratica do crime e, porisso, a lei penal competente deve ser a da estado encarregado de manter a ordem e tranquillidade no logar onde o crime é praticado. Esta ligação entre a função repressiva do estado e a competencia das suas leis penaes explica a pratica da extradicação, e a applicação das leis penaes dum país aos crimes commettidos nos seus navios e nos territorios occupados pelas suas tropas ou praticados pelos seus agentes diplomaticos, applicação derivada da circumstancia de o estado respectivo ser o encarregado de manter a ordem nos navios, nos territorios occupados pelo seu exercito e em relação aos seus representantes diplomaticos. Por motivos semelhantes, é a lei do logar onde fôr commettido um delicto ou um quasi delicto a competente para regular a responsabilidade civil dahi derivada. Se o facto illicito é praticado a bordo dum navio, deve regular essa responsabilidade a lei do pavilhão. Se tal facto consistir na abalroação entre navios, o navio abalroador responde segundo a lei do estado marginal, se a abalroação se der em aguas territoriaes; e deverá responder segundo a lei do seu pavilhão, se a abalroação se der no alto mar, como o estabeleceu o nosso codigo commercial no art. 674.<sup>o</sup>

A lei fiscal competente é a do logar onde se manifesta a materia collectavel, como a propriedade immovel quanto á contribuição predial.

Em materia de organização da propriedade movel ou immovel é incontestavelmente competente a *lex rei sitae*. Só essa lei pode definir os direitos dos proprietarios e os limites desses direitos.

A determinação da lei de ordem publica competente consti-

tue, porém, uma questão delicada em relação a outras categorias de leis, como são as leis moraes e as leis de credito publico.

As leis moraes competentes serão naturalmente as do país cujos sentimentos de *honestidade* se pretenderem salvaguardar. Comtudo, esse país será ora o da celebração dum acto juridico, como acontecerá quanto á celebração dum segundo casamento, não estando ainda dissolvido o primeiro, nos estados que não admittem a bigamia, ora aquelle em que se pretende exercer um determinado direito, o que succederá com o pedido do divorcio num estado que não o reconhece. É necessario, pois, attender bem ao objectivo da lei moral, para não prejudicar nem exceder o alcance do seu destino social.

Quanto ás leis de credito publico cumpre principalmente considerar as leis relativas á publicidade dos actos juridicos. A lei competente será a que melhor assegurar o destino dessa publicidade. Assim: a publicidade dos actos relativos á propriedade immobiliaria, como o registo da transmissão de immoveis, de hypothecas, etc., deve ser effectuada no país da situação dos immoveis e segundo as leis desse país; a publicidade dos actos relativos ao estado das pessoas, como a interdicção<sup>1</sup>, deve ser regulada pela lei do domicilio das pessoas, pois é esta a lei que melhor corresponde ao fim da publicação — tornar conhecidas as modificações operadas no estado das mesmas pessoas; a publicidade da cessão de creditos, para a tornar conhecida do devedor e de terceiros, deve ser regulada pela lei do domicilio do devedor, já que o domicilio do devedor *localiza* a necessidade do conhecimento das modificações do credito<sup>2</sup>; o registo do contracto antenupcial de commerciantes deve ser regulado

<sup>1</sup> Conf. cod. civ. port., art. 319.º, e cod. do proc. civ., art. 427.º

<sup>2</sup> Codigo civil, artigos 789.º a 792.º, e codigo do processo, artigo 645.º

pela lei do logar do seu principal estabelecimento, pois é a esse logar que terceiros irão naturalmente colher informações acerca do mesmo contracto; a publicidade dos actos relativos á propriedade dos navios deve ser realizada no seu porto de matricula e regulada pela lei do pavilhão como os unicos elementos de fixidez na vida dos navios e que podem guiar os interessados na apreciação do estado dos mesmos navios; a publicidade deve, em summa, ser regulada pela lei do logar onde melhor se preencha o destino de *annunciar* a existencia do acto ou facto juridico.

63. A *territorialidade* das leis de garantia social é um dos dois principios basilares do direito internacional privado e, porisso, as suas applicações devem ter effeito internacional e os diferentes estados deverão considerar nullos os actos praticados em contrario das leis de ordem publica competentes.

Deste principio geral derivam, como bem nota PILLET, duas importantes consequencias:

1.<sup>a</sup>) *A relação juridica constituída contra as regras de ordem publica da lei competente deve ser considerada em toda a parte como irregular e de nenhum effeito.* É o que deve acontecer, por exemplo, com o reconhecimento de filhos adulterinos realizado num estado que prohibia esse reconhecimento, com o contracto de usura de taxa de juro superior ao limite maximo estabelecido no estado da celebração do contracto, já que a limitação da taxa de juro se deve considerar como disposição de ordem publica tendente a evitar o facto immoral da agiotagem, e com as sentenças estrangeiras proferidas por um tribunal incompetente segundo as leis do estado do tribunal sentenciador.

2.<sup>a</sup>) *A relação juridica constituída segundo as regras de ordem publica da lei competente deve ser internacionalmente valida*

e produzir em toda a parte effeitos legaes. Esta regra de validade tem, todavia, um limite. A relação juridica constituida nos termos indicados não poderá ser considerada como valida num estado a cujas leis de ordem publica seja contraria, pela singela razão de que um estado não pode ser obrigado a reconhecer a legitimidade das leis estrangeiras em prejuizo da sua propria ordem publica. Assim, não será naturalmente concedido *exequatur* a uma sentença estrangeira proferida por um tribunal competente segundo as leis do país do tribunal sentenciador, se, segundo as leis do estado, a que é pedido o *exequatur*, só os tribunaes nacionaes são competentes para conhecer da respectiva acção, assim como não será reconhecida uma nacionalidade estrangeira a um individuo que, segundo as leis do país, deve considerar-se como cidadão. Tanto as leis de competencia como as leis determinadoras da qualidade de cidadão são leis de ordem publica, que o estado não pode sacrificar ás leis de ordem publica dos estados estranhos.

Fóra destas regras, a validade ou nullidade dos actos juridicos praticados contra as disposições de ordem publica pode ser formulada em tratados e baseada em motivos de conveniencia, mas não assenta em principios de justiça.

## § III

Princípio da autonomia da vontade e lei reguladora das obrigações <sup>1</sup>

SUMMARY: — 64. O princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Sua esphera de acção. — 65. Applicaçào do princípio. Contractos e testamentos. — 66. Noções geraes acerca da lei reguladora das obrigações.

64. Ao lado das leis *imperativas*, que representam uma *ordem* que os individuos *devem* cumprir ou se trate singularmente do seu proprio interesse, ou se tenha em vista o interesse da communidade, ha no direito dos povos leis que constituem um *conselho* dado aos individuos para a defesa dos seus interesses e que elles *podem* seguir ou não nas suas mutuas relações, leis chamadas *interpretativas* ou *suppletivas* por se applicarem quando os interessados praticam os actos juridicos que ellas regulam sem manifestarem a intenção de não quererem aceitar as suas disposições, pois que então se intende que a applicação de taes leis interpreta ou suppre a vontade dos interessados. É, pois, do character das leis suppletivas que a *vontade* dos interessodos é *autonoma* em aceitar ou substituir as suas disposições. O princípio da *autonomia da vontade* é assim um dos elementos da vida jurídica do estado, um dos factores do direito interno.

Porque assim é, a generalidade dos èscriptores, intendendo

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 430 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 322 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 622 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 152 e segg.; WEISS *ob. cit.*, pagg. 112 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 794 e segg.; DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, Paris, 1906; JITTA, *La substance des obligations dans le droit international privé*, Haye, tomes I (1906) e II (1907); etc.

que as leis devem conservar na ordem internacional as qualidades que revestem na ordem nacional, reconhecem tambem a autonomia da vontade na organização do direito internacional privado, para assegurar a liberdade dos individuos nas relações internacionaes perante as leis suppletivas. Foi o estatuario DUMOULIN o primeiro jurisconsulto que introduziu o principio da autonomia na theoria dos conflictos, sustentando que na determinação da lei applicavel ás convenções a vontade das partes devia ser considerada como soberana, cumprindo aos juizes averiguar, ou pela analyse do contracto ou pelas circumstancias, se ellas se haviam referido a uma determinada legislação. De DUMOULIN em diante tem sido o principio mais ou menos aceito, podendo hoje dizer-se que é fundamentalmente admittido pela grande maioria dos escriptores.

A theoria da autonomia da vontade em direito internacional privado abrange dois problemas:—1.º) o problema da extensão do principio da autonomia na solução dos conflictos; 2.º) o problema da determinação da lei presumtivamente aceita pelos interessados quando estes não declarem a lei reguladora dos seus actos voluntarios.

1.º) A autonomia da vontade não pode ter em direito internacional maior extensão que no direito nacional e, porisso, deve limitar-se ás leis suppletivas. A *livre escolha* pelos interessados da lei que deve regular os seus actos juridicos limita-se portanto logicamente ás leis de *conselho*, ficando de fóra todas as leis de *ordem*, que são leis obrigatorias e diante das quaes o principio da autonomia já não tem razão de ser. Porisso devê ceder a todas as disposições imperativas, preceptivas ou prohibitivas, duma lei applicavel a uma determinada relação juridica.

Mas quaes são essas leis de *limite* á applicação do principio da autonomia?

Podem reduzir-se a quatro grupos as leis obrigatorias que determinam esse limite.

Entram no primeiro grupo as leis de ordem publica. Estas leis são destinadas a salvaguardar os interesses collectivos dum determinado estado e seria absurdo que a vontade individual pudesse inutilizar o seu destino social. Não poderia, porisso, ter effeitos em Portugal um contracto perpetuo de prestação de serviço domestico, que a lei considera nullo como contrario á liberdade individual (cod. civ., art 1371.º). Como leis de ordem publica, applicaveis a nacionaes e a estrangeiros, se devem considerar as leis de *protecção operaria* destinadas a regular eficazmente o contracto de trabalho no interesse das classes trabalhadoras. Assim, serão de applicação geral as leis que fixam o minimo da idade necessaria para a admissão como operario no trabalho industrial e regulam ou as horas de trabalho ou a admissão das mulheres no trabalho fabril <sup>1</sup>

O segundo grupo é formado pelas leis de capacidade. Ainda os escriptores são unanimes em subtrair essas leis ao principio da autonomia. As leis de capacidade definem as faculdades jurídicas do individuo, deym ter estabilidade e fixidez e porisso não podem mudar á mercê da vontade individual.

Pertencem ao terceiro grupo as leis reguladoras da fórmula dos actos, que são em regra as leis do logar da celebração dos mesmos actos e de que falaremos no paragraho seguinte. Ao ultimo grupo pertencem as leis obrigatorias de interesse particular e destinadas a proteger os interessados. O caracter

<sup>1</sup> Entre os problemas do ramo do direito internacional destinado a regular as relações dos estados respeitantes aos interesses do operariado e denominado por B. RAYNAUD — *direito internacional operario*, merece referencia especial, na theoria dos conflictos, pelas incertezas da jurisprudência e da doutrina a seu respeito, o problema dos conflictos de leis em materia de accidentes do trabalho. Delle falaremos, porém, adiante ao determinar o principio regulador do regimen das obrigações provenientes de delictos ou de quasi delictos.

obrigatorio destas leis subtráe-as á autonomia das partes e o seu destino de protecção dá competência á lei nacional dos interessados como a lei de protecção individual normalmente competente. Como exemplo de leis desta categoria poderão indicar-se, dum modo geral, as relativas ás condições e modos de prestação do consentimento, aos vícios do consentimento<sup>1</sup>; e, em especial, todas as leis, referentes a actos ou contractos, limitativas da liberdade dos interessados no seu proprio interesse, como os principios da actualidade e da irrevogabilidade nas doações, a irrevogabilidade das convenções antenupciaes, a inalienabilidade dotal, etc. Todas estas leis são ou um *desinvolvimento* das leis de capacidade ou uma garantia dos interesses individuaes e porisso entram nas leis de protecção pessoal.

Mas, reduzido ás leis suppletivas, ainda é vasta a extensão do principio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Abrange tudo que no direito interno respeita á interpretação das convenções, e á successão testamentaria na parte relativa á devolução da quota disponível.

2.º) Quando os interessados indicam claramente a lei suppletiva que deve regular os seus actos, é essa a lei compe-

---

<sup>1</sup> Deve notar-se que nem todos os internacionalistas sujeitam a theoria dos vícios do consentimento á lei pessoal. Uns, como SURVILLE e ARTHUYS (*ob. cit.*, pag. 270), integram-na na lei escolhida pelas partes ou por ellas presumptivamente acceita, pois, sendo essa a lei reguladora do contracto, quando este se fórma regularmente, tambem o deve ser quando haja irregularidade na sua formação; e outros, como DREYFUS (*ob. cit.*, pag. 359), optam pela lei do logar da celebração do contracto, pois que é no logar onde se produz o consentimento que este se localiza e porisso é a legislação deste logar a naturalmente indicada para determinar o seu regimen juridico. Parece, porém, certo que a theoria dos vícios do consentimento tende á protecção dos contractantes e porisso entra no dominio das leis de protecção pessoal.

tente para determinar os direitos e obrigações constituídas por esses actos. Se não ha uma indicação expressa, mas as circunstancias permittem determinar a *vontade certa* das partes, ainda deve applicar-se a lei que essas circunstancias indicam.

Se falta a indicação *directa* dos interessados e a indicação *indirecta* das circunstancias, torna-se necessario determinar a *vontade provavel* dos mesmos interessados. Aqui divergem, porém, muito as opiniões. Segundo uns, a lei provavelmente *escolhida* pelos interessados seria a *lei nacional commum* e subsidiariamente a lei do domicilio commum e do logar da celebração, segundo outros, a *lei do domicilio commum* e subsidiariamente a lei do logar da celebração, segundo outros, immediatamente a *lei do logar da celebração* — *lex loci*, segundo outros ainda a *lei do logar da execução* do contracto. A maioria dos escriptores inclina-se, todavia, para a preferencia da lei do logar da celebração do acto juridico <sup>1</sup>.

Foi tambem este ultimo o systema seguido pelo codigo commercial portuguez, como se vê do seu art. 4.º: — «Os actos de commercio serão regulados: 1.º) quanto á substancia e effectos das obrigações, pela *lei do logar* onde forem celebrados, *salvo*

---

<sup>1</sup> Alguns internacionalistas, designadamente DREYFUS (*ob. cit.*, pagg. 293 e segg. (ROLIN R. D. I., 1908, pagg. 573 e segg.) e JIRRA (*ob. cit.*) sustentam a doutrina de que, no silencio das partes, em vez de se estabelecer um principio unico para determinar a lei reguladora dos contractos, devia o regimen juridico internacional de cada contracto ser estabelecido em harmonia com a natureza das relações juridicas por elles creadas, como a lei da situação do immovel arrendado quanto ao contracto de arrendamento, a lei do logar das operações quanto ás operações de bolsa, etc. E esta doutrina de especialização parece-nos accetavel, pois, ao mesmo tempo, aproxima o regimen das relações juridicas da natureza das mesmas relações e traduz a tendencia de especialização que, segundo dissemos, domina a evolução do direito internacional privado.

*convenção em contrario*; 2.º) quanto ao modo do seu cumprimento, pela lei do logar onde este se realizar; 3.º) quanto á forma externa, pela lei do logar onde fõrem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario. § unico. O disposto no n.º 1.º deste artigo não será applicavel, quando da sua execução resultar offensa do direito publico portuguez ou dos principios de ordem publica».

Este artigo, ao mesmo tempo que reconhece o principio da autonomia da vontade, pois consagra o direito de escolher a lei reguladora da substancia e effeitos das obrigações commerciaes, e reconhece o systema da *lex loci* para a determinação da vontade provavel dos interessados, estabelece dois limites ao mesmo principio de autonomia — o limite das leis de ordem publica e o limite das leis relativas á fórma externa dos actos. O mesmo artigo é completado pelo art. 12.º, que estabelece um novo limite, mandando regular a capacidade commercial pela lei nacional dos interessados.

E as disposições do codigo commercial, tanto na determinação de principios como na fixação de limites, são applicaveis, em geral, aos actos juridicos civis, já que no codigo civil não apparecem regras a elles relativas e o seu artigo 16.º manda resolver as questões, sobre direitos e obrigações, nelle não previstas pelos casos analogos prevenidos em outras leis.

Falta, porém, nos codigos civil e commercial qualquer indicação especial ácerca do limite á autonomia da vontade formado pelas leis obligatorias de interesse individual e destinadas á protecção dos interessados. Este limite deve, comtudo, considerar-se como reconhecido pelos dois codigos, pois que ambos admittiram a exterritorialidade das leis de protecção individual e consagraram como lei de protecção a lei nacional.

65. O principio da autonomia applica-se, dentro dos limites indicados, em materia de 1.º) contractos, e de 2.º) testamentos.

1.º) *Contractos*. Respeitando as leis competentes de capacidade, ordem publica, fôrma externa e as leis obrigatorias de interesse e protecção individual, as partes contractantes podem escolher livremente a lei reguladora da *substancia e efeitos* do contracto, segundo a expressão do codigo commercial portugûes. Por substancia e efeitos dum contracto deve entender-se o *conteúdo* do mesmo contracto ou os *direitos e obrigações* que dahi resultam, direitos e obrigações que não de ser os indicados na lei escolhida pelas mesmas partes contractantes.

Movendo-se assim a autonomia da vontade entre os limites formados pelas leis imperativas de capacidade, de protecção dos interesses individuaes e de ordem publica e pelas leis de fôrma, vejamos os pontos do direito contractual em que ella se manifesta.

Em primeiro logar, pela lei escolhida pelas partes se deve determinar a natureza do contracto, isto é, a especie contractual (venda, troca, doação, etc.) que pretenderam celebrar.

Depois, em harmonia com a mesma lei se determinará a natureza da obrigação que dahi deriva, como se a obrigação é solidaria ou não solidaria, divisivel ou indivisivel, pura, condicional ou a termo, etc. Tudo isto se integra na unidade contractual como producto da vontade das partes e portanto deve subordinar-se á acção da mesma vontade.

Ainda a lei escolhida pelas partes deverá regular os efeitos do contracto, tanto os efeitos *immediatos*, como são, no contracto de arrendamento, a entrega do predio pelo senhorio e o pagamento da renda pelo arrendatario, como os efeitos *mediatos*, que derivam de factos posteriores ao contracto mas que a este se ligam juridicamente, como é a indemnização de perdas e damnos pelo não cumprimento do contracto.

Em summa, o principio da autonomia deve dominar o contracto em tudo que este representa um producto da vontade

livremente manifestada por pessoas capazes dentro do limite das leis de fôrma e das leis de ordem publica <sup>1</sup>.

Entre os contractos merece referencia especial o contracto de casamento ou contracto antenupcial que fixa o regimen de bens da sociedade familiar. Embora alguns escriptores tambem ali reconheçam o principio da autonomia da vontade, a tendencia doutrinal é no sentido de o subordinar á lei nacional do marido, como lei geral reguladora das relações de familia, admittindo-se a autonomia se ella for reconhecida por esta lei <sup>2</sup>. Tal foi o principio consagrado pelo art. 5.º da convenção da Haya de 17 de julho de 1905 sobre os effeitos do casamento quanto ás relações entre os conjuges, o qual dispõe: «A mesma lei (lei nacional do marido) decide se, e dentro de que limites, tõem os conjuges a liberdade de se referir a outra lei, a qual, uma vez que a ella se tenham reportado os conjuges, determinará os effeitos da convenção nupcial».

Sobre o contracto de casamento foi expresso o codigo civil portugûes, determinando no art. 1107.º que, quando o casamento fôr contraído em país estrangeiro entre portugûes e estrangeira ou entre estrangeiro e portugûesa e nada declararem nem estipularem os contrahentes relativamente a seus bens, se entenderá que casaram segundo o direito commum do país do marido. Desta disposição infere-se que os conjuges podem escolher a lei reguladora do regimen matrimonial e vê-se que, no silencio dos conjuges, se applica a lei nacional do marido. Embora, pois, applicavel aos contractos civis o n.º 1.º do art. 4.º do codigo commercial na parte em que manda regular a substancia e effeitos das obrigações pela lei do logar da celebração,

<sup>1</sup> AUDINET, *ob. cit.*, pag. 291; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 624 e segg.; SURVILLE E ARTHUYS *ob. cit.*, pagg. 269 e segg.

<sup>2</sup> AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 459 e segg.; *Actes de la quatrième conférence de la Haye*, pag. 78.

tem de fazer-se excepção para o contracto de casamento, já regulado pelo código civil.

2.º) *Testamentos*. Dentro dos limites estabelecidos para os contractos, é admittido o principio da autonomia da vontade na devolução testamentaria da quota disponivel do testador. É a lei nacional do testador que regula a sua capacidade e delimita a quota disponivel, mas é a lei escolhida pelo mesmo testador que determina as condições da transmissão dos bens disponiveis e os direitos e obrigações dos herdeiros testamentarios.

Comtudo, se o testador nada disser ácerca da lei que ha de regular a successão testamentaria, deve applicar-se a lei nacional do mesmo testador, já pelas razões que acima deixamos expostas, já porque é essa a lei mais conhecida do testador e porisso se deve presumir que foi segundo essa lei que fez a sua disposição testamentaria.

66. O regimen juridico internacional das obrigações varia com a origem mesma das obrigações.

Segundo a fonte de que derivam, podem as obrigações classificar-se em duas categorias — 1.º) obrigações provenientes de convenção e 2.º) obrigações constituídas independentemente de contracto.

1.º) *Obrigações convencionaes*. Antes de mais, devemos dizer que consideramos aqui a obrigação como um vinculo juridico existente entre duas ou mais pessoas, em virtude do qual uma dellas — *devedor* — fica adstricta para com a outra — *credor* — a dar ou fazer alguma coisa.

As obrigações contractuaes são reguladas pela lei do contracto nos termos acima indicados, sem distincção, como pretendem alguns escriptores, entre efeitos *previstos* e efeitos *eventuaes* do contracto, incluindo-se entre estes a indemnização de perdas e danos no caso de não cumprimento do contracto, pois que todos esses efeitos derivam directa ou indirectamente

do mesmo contracto e devem porisso andar subordinados a uma só lei.

2.º) *Obrigações não convencionaes*. Estas obrigações podem derivar ou da lei ou de *quasi-contractos* ou de *factos illicitos*.

As obrigações legaes são reguladas pela mesma lei que regula o facto que lhes dá origem. Assim, as obrigações dos tutores ou curadores são determinadas pela lei nacional dos incapazes como lei reguladora da tutela e da curatela, e as obrigações dos proprietarios vizinhos são regulados pela lei da situação dos bens, como lei que preside á organização da propriedade territorial. Fixada a lei competente para regular uma determinada relação juridica, essa lei deve manter-se para regular as consequencias determinadas pela constituição dessa mesma relação juridica.

As obrigações provindas dos chamados quasi contractas são formadas sem o mutuo consenso dos interessados, derivam exclusivamente da auctoridade da lei e porisso devem ser reguladas pela legislação que melhor garanta o fim que semelhantes instituições têm em vista.

O quasi-contracto de *gestão de negocios* tem por fim proteger um proprietario negligente ou impedido, é uma instituição semelhante á da tutela, e porisso parece que as consequencias da gestão deverão ser reguladas pela lei nacional do proprietario.

Comtudo, não é esta a opinião geral dos internacionalistas. Assim, alguns, como LAURENT <sup>1</sup>, DESPAGNET <sup>2</sup>, AUDINET <sup>3</sup>, e SURVILLE e ARTHUYS <sup>4</sup>, subordinam este quasi contracto aos

---

<sup>1</sup> *Droit civil international*, tom. viii. n.ºs 2 e segg.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pag. 669.

<sup>3</sup> *Ob. cit.*, pag. 307.

<sup>4</sup> *Ob. cit.*, pag. 288.

mesmos principios que os contractos, devendo applicar-se a lei preferida pelo gerente e, na falta de opção, a lei por elle presumptivamente accete, e portanto a lei que cada escriptor, em tal caso, considera competente, em geral a lei do logar da gestão. Outros, porém, e essa é a opinião geral, defendem a competencia exclusiva da lei do logar da gestão, pela razão de que, não se fundando as obrigações resultantes da gestão no consentimento dos interessados, mas na lei, é naturalmente competente a lei do logar onde a mesma gestão se realiza. E é esta a doutrina consignada, no art. 8.º do titulo preliminar do projecto do codigo civil belga, no art. 11.º da lei japonêsa de 1898, e no art. 33.º de tratado de Montevideu sobre direito civil<sup>1</sup>.

O quasi-contracto *condictio indebiti*, ou de restituição do que foi indevidamente pago, tem por fim realizar a regra de justiça elemental segundo a qual deve ser dado a cada um o que é seu e, no caso de má fé do que recebeu indevidamente, reprimir a fraude, e como tal deve ser regulado pela lei do logar onde o pagamento fôr realizado como lei de ordem publica competente para assegurar a realização dos principios elementares de justiça e evitar a pratica de actos fraudulentos. Esta doutrina, que tambem é a do projecto belga, da lei japonêsa e do tratado de Montevideu, não é a sustentada por todos os escriptores. Os que julgam applicavel á gestão de negócios a lei reguladora das obrigações contractuaes, egualmente sujeitam a essa lei a *condictio indebiti*, por considerarem os effeitos do pagamento indevido baseado na presumida vontade dos interessados.

Das obrigações derivadas da gestão de negocios é da *condictio indebiti* approximam-se as que resultam das avarias communs e

---

<sup>1</sup> FIORE, *J. D. I. P.*, 1900, pagg. 449 e 717.

da salvação e assistencia maritimas, quando não haja contractos que as regulem ou esses contractos não sejam validos <sup>1</sup>.

Segundo a opinião mais geralmente seguida, a classificação das avarias em grossas e communs e a repartição destas devem ser reguladas pela lei do porto de destino. Esta doutrina, que é, em principio, a consignada pelo nosso código commercial (art. 650.<sup>o</sup>), que manda regular e repartir as avarias communs pela lei do logar onde a carga for entregue, funda-se em que, sendo no porto de destino que devem ser reguladas as avarias, é a lei desse logar que conhecem as auctoridades encarregadas de as regular, em que o regulamento das avarias respeita á execução do contracto de fretamento e portanto está naturalmente sujeito á lei do logar da execução, e em que tanto os navios como as mercadorias são bens moveis e como taes sujeitos ás leis do logar em que se encontram. Nenhuma destas razões é, porém, procedente, pois as auctoridades dum país podem incontestavelmente applicar as leis doutro país, o regulamento das avarias não é modo de execução do contratador de fretamento nem deriva deste contracto, mas é um effeito da *communidade* estabelecida entre os proprietarios, armadores e carregadores dum navio <sup>2</sup>, e, ao regular as avarias, não se tem em vista a condição juridica do navio e da carga como coisas moveis, mas simplesmente se definem os direitos e obrigações dos proprietarios, armadores e carregadores dos navios. Preferivel nos parece a doutrina que dá competencia á lei nacional

---

<sup>1</sup> Segundo o código penal da marinha mercante de reino de Italia (art. 127.<sup>o</sup>), são nullos os contractos de salvação e assistencia celebrados no alto mar no momento do sinistro, e, segundo o código commercial portuguez (art. 684.<sup>o</sup>), os contractos de salvação e assistencia feitos durante o perigo podem ser reclamados por exaggeração e reduzidos pelo juizo competente.

<sup>2</sup> JITA, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 457 e segg.

do navio ou lei da bandeira. Se as avarias se produzem no alto mar, essa lei é naturalmente competente, pois o navio se considera como fazendo parte do estado a que pertence e as avarias devem suppor-se produzidas nesse estado. Se se produzem em aguas territoriaes de qualquer estado, porque apenas se trata, como nota DIENA, de regular relações *internas* entre as pessoas que têm interesses communs relativamente a um navio e á sua carga, ainda deve prevalecer a lei da bandeira, dado o conceito corrente de que os navios mercantes, mesmo em aguas territoriaes de terceiro estado, se devem considerar sujeitos ás leis do seu país em tudo que seja estranho ao interesse geral do estado local.

Quanto á salvação e assistencia, a opinião dominante, consagrada pelo nosso codigo commercial (art. 690.<sup>o</sup>), é que, se aquelles factos se passam nas aguas territoriaes de qualquer estado, se deve applicar a lei do logar onde os mesmos factos se derem, e, se, os mesmos factos se passam no alto mar, se deve applicar a lei da nacionalidade do navio salvador ou assistente <sup>1</sup>.

As obrigações originadas por delictos ou por quasi-delictos devem ser reguladas pela lei do logar onde fôr praticado o acto illicito, como lei de ordem publica, pelas razões já conhecidas <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, vol. III. pagg. 389 e segg.

<sup>2</sup> Alguns internacionalistas e a jurisprudencia dalguns países consideram a obrigação de reparar o damno causado pelos accidentes do trabalho como resultante duma espécie de quasi-delicto, por não serem garantidas ao trabalhador as necessarias condições de segurança para evitar a produção do accidente, e porisso a sujeitam á lei do logar em que se produz o accidente.

Sobre o interessante problema dos conflitos de leis em materia de accidentes do trabalho, duas correntes geraes se têm affirmado na juris-

Ultimaremos estas ligeiras indicações ácerca da lei reguladora das obrigações formulando os principios geraes relativos á lei ou leis que devem regular a extincção das mesmas obrigações.

As obrigações podem extinguir-se: 1.º pelo pagamento; 2.º por accordo entre os interessados (mutuo dissentimento, novação, condição resolutive que contenha mutuo consentimento; 3.º pelo perdão ou renuncia do credor; 4.º por compensação; 5.º por factos que tornem impossivel legal ou naturalmente o cumprimento da obrigação (confusão, morte do

---

prudencia e na doutrina. A jurisprudencia belga, italiana, luxemburguesa e norte-americana accentua-se no sentido da applicação da lei do logar do accidente como lei de ordem publica e de protecção do trabalho; ao contrario, na jurisprudencia allemã, francesa e suissa prepondera a tendencia para applicar a lei do contracto de trabalho, considerando-se a reparação do damno causado pelo accidente como uma consequencia do contracto. A primeira corrente é, doutrinalmente, seguida por WAHL, SACHET e WEISS, e a segunda por PIC e DREYFUS.

Em nosso intender, a razão scientifica está com a corrente doutrinal que se decide pela applicação da lei do logar do accidente. As leis que definem a situação juridica de patrões e operarios a respeito dos accidentes do trabalho são leis de protecção do trabalho, e para proteger o trabalho effectuado dentro de cada estado só este pode ser competente. Semelhantes leis não têm por fim a protecção dos individuos como taes mas a sua protecção como membros duma classe social — a classe operaria, são leis de protecção desta classe, e porisso devem integrar-se nas leis de garantia social.

Mas as leis de garantia social são territorias, não podem porisso applicar-se a factos que se passam fóra do estado legislador, o que pode determinar a consequencia de que, trabalhando um operario num país onde a legislação sobre accidentes do trabalho não dá garantias sufficientes aos trabalhadores, por conta duma empresa com séde noutro país onde haja maiores garantias, o operario não gose do beneficio que gosaria se a indemnização do damno produzido pelo accidente fosse determinada

credor ou do devedor nas obrigações vitalícias, perda da coisa, e prescrição)<sup>1</sup>.

1.º) O pagamento é o modo normal do cumprimento da obrigação. Porisso as condições do pagamento são naturalmente reguladas pela lei geral reguladora da obrigação. Assim esta lei determinará se o pagamento pode ser parcial, o logar em que deve ser feito, a qualidade das coisas que podem ser objecto da prestação, se se trate duma dívida de generos, em summa, tudo que se refere ao conteúdo da prestação a que o devedor está obrigado. A fórma, porém, por que ha de effectuar-se o pagamento só pode ser regulada pela lei do logar do pagamento.

pela lei do país da séde da empresa, que deverá ser a lei do contracto. Esta observação fez com que a jurisprudencia franceza reagisse contra a doutrina da applicação da lei do logar do accidente e se pronunciasse pela applicação da lei do contracto.

Comtudo, esta consequencia rigorosa do principio da territorialidade das leis sobre accidentes do trabalho modifica-se (no sentido de favorecer os trabalhadores que trabalham num país por conta de empresas com séde em outro país), pela combinação daquelle principio de territorialidade com o principio de autonomia da vontade. O operario, que contractou com uma empresa com séde num país cujas leis sobre accidentes do trabalho são mais favoraveis aos trabalhadores do que as leis do país onde se produz o accidente, deve suppor-se como tendo contractado segundo todas as garantias reconhecidas pela lei da séde da empresa, e portanto essa lei, embora uma lei de garantia social pelo fim a que se destina, apparece como lei interpretativa para a determinação dos effectos do contracto de trabalho. Por este meio dá-se, como bem nota PERROUD, efficacia extrritorial a uma lei territorial e evita-se a consequencia acima referida (RAYNAUD, *Droit international ouvrier*, pagg. 115 e segg.; PERROUD, *De l'extension extrritoriule des lois de police comme conséquence de l'autonomie de la volonté*, no *J. D. I. P.*, 1906, pagg. 633 e segg.; conf. *REVUE de dr. int. privé et de dr. pen. int.*, 1907, pag. 539, e 1908, pag. 608).

<sup>1</sup> Sr. dr. G. ALVES MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, vol. II, pagg. 67 e segg.

Esta lei indicará porisso o modo como o devedor ha de des-obrigar-se, por exemplo, o processo por que o devedor ha de pôr á disposição do credor a coisa devida, e como o credor ha de proceder judicialmente contra o devedor.

2.º O accordo dos interessados é um contracto e porisso applicam-se-lhe os principios reguladores das obrigações contractuaes.

3.º) O perdão e a renuncia representam uma liberalidade feita pelo credor ao devedor e porisso, quanto ao credor, deverão regular-se pelos principios que regem as doações ou os testamentos, segundo a fórma que revestir a liberalidade, e, quanto aos effeitos que produzem a respeito do devedor, relativamente, para exemplo, a quaesquer cauções ou aos devedores solidarios, deverá applicar-se a lei reguladora da obrigação como lei competente para definir os direitos e obrigações do mesmo devedor.

4.º) A compensação dá-se quando duas pessoas são mutuamente credoras e devedoras e as duas dividas se extinguem até ao montante da divida menor. Nem todas as legislações admittem a compensação nos mesmos termos e porisso importa saber como hão de coordenar-se quando divergentes. As obrigações estão subordinadas a uma lei que define o seu conteúdo e alcance e que porisso deve determinar se ellas são ou não susceptiveis de compensação. Ora se ha duas obrigações em presença subordinadas a leis differentes, uma das quaes admittê é outra não a compensação, como não pode estabelecer-se a preponderancia duma sobre a outra, pois ambas são competentes para estabelecer o regimen da respectiva obrigação, a compensação só poderá ter logar quando a permittam ambas as leis.

5.º A confusão, pela qual se identificam na mesma pessoa o credor e devedor, é naturalmente regulada pela mesma lei que regula o facto que a produz. Assim, se a confusão provém da successão, á lei da successão fica subordinada a confusão. A

morte do credor ou do devedor nas obrigações vitalícias só poderá ter interesse relativamente ao destino dos bens por que se tornar efectiva a obrigação. Esse destino será regulado pela lei a que esta subordinado o acto que creou a obrigação. A perda da coisa objecto da obrigação está sujeita á lei reguladora da obrigação, pela qual se deve determinar por conta de quem corre o risco da perda da mesma coisa. A prescripção extinctiva ou liberatoria, cuja função é a extincção das obrigações não cumpridas dentro dum determinado prazo, deve ser regulada pela mesma lei que regula a respectiva relação jurídica. A lei á sombra da qual nasce a obrigação é logicamente a lei que determina o momento em que acaba a sua exigibilidade. Contudo, porque a duração maxima da prescripção extinctiva constitue um preceito de ordem publica, emquanto tende a tornar certos os direitos dos particulares, o prazo maximo da prescripção não poderá ir alem do estabelecido pela *lex fori*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CAVARRETTA, *La prescrizione nel diritto internazionale privato*, Palermo, 1908.

## § IV

Lei reguladora da fôrma externa dos actos juridicos <sup>1</sup>

SUMMARIO : — 67. O principio *locus regit actum*. Sua extensão. — 68. Fundamento do principio. Lei competente para regular a forma externa dos actos juridicos. — 69. Character facultativo ou obrigatorio do principio. — 70. Lei reguladora da fôrma externa dos actos juridicos segundo o direito portuguez.

67. Para ultimar a exposiçãõ dos principios geraes relativos á resoluçãõ dos conflictos de leis, resta-nos fallar do regimen internacional da fôrma externa dos actos juridicos.

Logo com os primeiros jurisconsultos estatutarios appareceu o principio informador da sciencia do direito internacional privado sobre a lei reguladora da fôrma dos actos, principio expresso no adagio *locus regit actum*, que significa que a fôrma dos actos juridicos é regulada pela lei do logar da sua celebraçãõ.

O principio *locus regit actum* abrange exclusivamente a fôrma *extrinseca* do acto juridico, excluindo o que alguns auctores chamam a fôrma *intrinseca* do acto, que não é mais que o conjuncto das *condições de fundo* do mesmo acto, como a capacidade, consentimento, objecto, etc., as quaes são reguladas pela lei competente segundo os principios já estudados.

<sup>1</sup> PILLET, *Principes*, pagg. 468 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 337 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 458 e segg.; WEISS, *Manuel cit.*, pagg. 375 e segg., e *Traité théorique et pratique cit.*, tom. III, pagg. 96 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 238 e segg.; BUZZATI, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, Torino, 1894; Sr. dr. TEIXEIRA D'ARREU, *ob. cit.*, pagg. 75 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, nos *Estudos Juridicos*, anno I, n.ºs 1 a 3; Sr. dr. JOSÉ TAVARES, *Das successões*, Coimbra, 1904, pagg. 684 e segg.; etc.

Exclue igualmente as *formalidades habilitantes*, que são destinadas a pôr um incapaz em condições de praticar actos juridicos, como a auctorização de tutor em relação ao pupillo, a auctorização do marido em relação á mulher, etc. Seme-lhantes formalidades destinam-se á protecção dos incapazes e são porisso reguladas pela sua lei pessoal.

Exclue ainda as *formalidades executivas*, destinadas a tornar effectivas judicialmente as obrigações creadas pelos actos juridicos, que são regulados pela *lex fori* como formalidades de processo.

Exclue, por fim, as *formalidades de publicação* dos actos juridicos, tendentes a assegurar o credito publico e os direitos de terceiro, que devem ser regulados pelas leis que melhor assegurem o fim da publicidade.

A regra *locus regit actum* inclue, portanto, apenas a fórmula como meio de tornar *visível* o consentimento das partes, de certificar a existencia e de facilitar a prova do acto juridico quando contestado. Em tal sentido, consiste a fórmula do acto — ora na intervenção dum official publico, ora na redacção dum documento, ora em certas medidas de publicidade, como a presença de testemunhas.

A fórmula dos actos juridicos pode, porém, desempenhar uma dupla função. Umaz vezes é apenas destinada *ad probationem*, para dar certeza ao acto e assegurar a sua prova perante os tribunaes. Outras é exigida *ad solemnitatem*, para assegurar ao acto a sua validade e conferir aos direitos das partes a sua existencia, por maneira que a falta da solemnidade legal determina a nullidade do acto, como acontece no direito portuguez, por exemplo, com a compra de immoveis de valor superior a 50\$000 reis, que só pode ser feita por escriptura publica (codigo civil, art. 1590.º, § 2.º).

A primeira hypothese entra, indubitavelmente, segundo o conceito de todos os escriptores, no dominio do principio *locus*

*regit actum*, que, neste ponto, adquiriu, por força dum costume internacional constante, auctoridade geral.

Quanto á segunda hypothese, já se dividem as opiniões. Uns seguem o systema rigoroso de que, sendo a solemnidade em tal caso um elemento essencial do acto juridico, o acto praticado sem essa solemnidade será nullo nos países em que seja exigida a mesma solemnidade. Assim, num país em que seja exigido documento authenticico para a validade dum determinado acto, não deveria considerar-se valido esse acto celebrado em país estrangeiro por meio de documento particular. Requerem em tal caso a authenticidade, embora os requisitos da authenticidade sejam os determinados pela lei do logar da celebração. Semelhante doutrina podia, porém, conduzir a inutilizar o destino pratico do principio *locus regit actum*, impossibilitando os expatriados de realizarem actos juridicos para cuja validade a lei do seu país exigisse a authenticidade e aos quaes, segundo as leis locaes, não pudesse ser dada essa authenticidade, e porisso, a generalidade dos auctores segue a doutrina de que a regra *locus regit actum* é applicavel tanto á fôrma-meio de prova como á fôrma-solemnidade, de modo a dever considerar-se valido o acto celebrado por documento particular quando pela lei local esse documento é sufficiente, embora nos países onde o acto venha a tornar-se effectivo seja exigido para a sua validade um documento authenticico.

A doutrina geral é, pois, que a regra *locus regit actum* abrange apenas as formalidades extrinsecas, mas domina igualmente os actos privados, os actos authenticicos e os actos solemnes.

68. Qual será o fundamento do principio tão geralmente reconhecido?

A regra *locus regit actum* reconhece a competencia da lei do logar da celebração para regular a fôrma externa dos actos

e attribue effeito extrritorial aos actos formalmente harmonicos com essa lei. Será, porém, a *lex loci* aquella que melhor traduz o fim social das leis de fôrma e portanto a normalmente competente segundo os principios geraes que deixamos estabelecidos?

A fôrma dos actos interessa, como nota PILLET, cumulativamente a tres estados, ao estado da celebração, ao estado de que as partes são nacionaes e ao estado cujos juizes tenham de apreciar o acto. Interessa ao primeiro, pois a fôrma a seguir na pratica dos actos juridicos representa um elemento de ordem a que a legislação do estado não pode ser indifferente; interessa ao segundo, porisso que a fôrma dos actos juridicos constitue um meio de protecção dos seus nacionaes emquanto dá certeza aos seus direitos e garante a conservação dos mesmos direitos; interessa finalmente ao terceiro, já que o emprego de fôrmas determinadas facilita a missão dos juizes e diminue as causas de erro que acompanham as suas funcções. Ora, na impossibilidade de applicar as leis de fôrma de todos estes estados, deverá considerar-se como competente a de effeito social mais util ou a que melhor traduza o destino das formalidades dos actos juridicos.

Sendo assim, a competencia parece pertencer á *lex fori*, pois a organização das fôrmas tem por fim a melhor administração da justiça e quando não ha contestação judicial as fôrmas deixam de ter valor. Comtudo, semelhante principio de competencia não resolve a questão, pois ao praticar um acto juridico não é possivel prever o juizo que virá a apreciá-lo. A competencia tem de derivar para a lei nacional dos interessados ou para a *lex loci*. A lei nacional não poderia ainda satisfazer regularmente ao destino social das fôrmas nas relações internacionaes. Em primeiro logar, seria frequente o caso de se encontrarem num acto juridico individuos de differentes estados com leis de fôrma tambem differentes e portanto inappli-

caveis conjunctamente ao mesmo acto. Depois, seria impossivel ao individuo praticar actos juridicos fóra do seu país sempre que não houvesse no estado local funcionario *competente* para receber os seus actos em harmonia com a sua lei nacional, o que constituiria um evidente obstaculo á pratica das relações internacionaes de ordem privada. Só a lei local, portanto, pode preencher efficazmente o fim util da fórmula dos actos juridicos. A *lex fori* é de applicação impossivel, a lei nacional é insufficiente, a *lex loci* satisfaz ás legitimas exigencias do commercio internacional, tanto mais que deve suppor-se que essa lei organiza a fórmula dos actos juridicos em harmonia com as justas necessidades da certeza e conservação dos direitos individuaes.

69. Mas deverá o principio *locus regit actum* considerar-se obrigatorio ou deverá ser tido como meramente facultativo?

A maioria dos auctores decide-se pelo character facultativo do principio, isto é, admite a doutrina de que o individuo fóra do seu país pode praticar os actos juridicos segundo a fórmula estabelecida pela lei local ou segundo a fórmula estabelecida pela sua lei nacional quando a pratica desta lei seja materialmente possivel.

Como facultativo consideraram tambem o principio *locus regit actum* as convenções da Haya de 17 de julho de 1905 sobre effeitos do casamento (art. 6.<sup>o</sup>) e sobre successões (art. 3.<sup>o</sup>). E esta doutrina anteolha-se-nos a mais razoavel. As leis de fórmula não entram nas leis de ordem publica, como bem o mostra a circumstancia de, umas vezes, o rigor da fórmula ser attenuado, o que acontece em direito commercial onde ha menos rigor formal que em direito civil, e de, outras vezes, a fórmula admittir equivalentes e substitutivos, como a confissão e juramento das partes. São antes leis destinadas a

proteger os interesses das partes e porisso deve admittir-se o emprego da fôrma da lei nacional quando esse emprego seja possivel.

E a tendencia geral do direito moderno pode dizer-se nesse sentido. O reconhecimento das funcções notariaes dos consules não é mais que a consagração do carcter facultativo do principio *locus regit actum* para os actos que exigem a intervençã dum official publico.

Mas, fóra da competencia consular, a applicação da lei nacional dos interessados só poderá ter logar nos actos privados, ou unilateraes ou quando as leis das partes forem identicas ou pelo menos applicaveis cumulativamente. Os actos authenticos recebidos pelos funcionarios locaes são regulados pela *lex loci*, pois que o exercicio das funcções publicas está sujeito ás leis territoriaes, e a divergencia da lei nacional dos interessados pode tornar o principio *locus regit actum* imperativo para os seus actos privados. É neste sentido o projecto da commissão encarregada pela conferencia da Haya de 1893 de dar parecer sobre a fôrma externa dos actos: «A fôrma dos actos é regulada pela lei do logar em que são praticados. Todavia, os actos realizados por documento particular podem ser celebrados na fôrma admittida pelas leis nacionaes identicas de todas as partes»<sup>1</sup>.

Devemos ainda notar que a lei de introdução do codigo civil allemão (art. 11.º) e a lei japonesa de 15 de junho de 1898 (art. 8.º), embora reconheçam que é *sufficiente* a fôrma da *lex loci* para a validade dos actos juridicos, consideram normalmente *competente* para regular a validade formal dos mesmos actos a lei applicavel á relação juridica que constitue o seu objecto, não podendo comtudo applicar-se a *lex loci*, nem

---

<sup>1</sup> *Actes*, pag. 55.

mesmo excepcionalmente, quando pelo acto juridico se constitue ou transfere um direito real, pois em taes casos é exclusiva a competencia da lei reguladora da relação juridica, isto é, a lei da situação, que é a lei reguladora da propriedade.

A doutrina germano-japonesa afasta-se, porém, sem solidos fundamentos, do principio tradicional *locus regit actum*. Em verdade, não só a lei do logar da celebração garante sufficientemente os direitos das partes, mas ainda: 1.º) é nitida a differença entre os requisitos intrinsecos e os requisitos extrinsecos dos actos juridicos e porisso se lhes podem applicar leis diversas; 2.º) um mesmo acto pode ser regulado nos seus elementos intrinsecos por leis differentes, como pode acontecer com a capacidade e o conteúdo, e portanto não poderá dizer-se que o acto juridico constitue um todo inseindivel para o effeito de determinar a sua lei reguladora; 3.º) se a mesma lei deve regular o acto tanto no conteúdo como na fôrma, a applicação da lei da relação juridica deveria ser sempre obrigatoria, não se compreendendo o reconhecimento do principio *locus regit actum* como excepcional e facultativo <sup>1</sup>.

70. O direito portugûes, como a legislação ou a jurisprudencia de todos os países, reconhece claramente o principio *locus regit actum*. É o que resulta dos artt. 24.º, 1065.º, 1085.º, 1106.º, 1961.º, 1965.º, 2430.º e 2479.º do codigo civil, do art. 213.º do codigo do processo civil, do art. 4.º, n.º 3.º do codigo commercial, e dos artt. 89.º e 90.º do regulamento consular.

O principio geral está estabelecido no art. 24.º do codigo civil, que, referindo-se aos portugûes que viajam ou residem

---

<sup>1</sup> DIENA, *L'articolo 11 della legge introduttiva del codice civile germanico e la regola locus regit actum*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1905, pagg. 177 e 317.

em país estrangeiro, determina que — «a fôrma externa dos actos *será* todavia regida pela lei do país onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario», e no art. 4.º do código commercial, que dispõe que os actos de commercio *serão* regulados, quanto á fôrma externa, pela lei do logar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

a) O principio applica-se tanto aos actos de portuguezes em país estrangeiro, para os quaes é expresso o art. 24.º, como aos actos de estrangeiros em país estrangeiro ou no reino, já porque o código commercial fala de modo generico, não distinguindo entre pessoas ou entre logares e a sua disposição poderia applicar-se por analogia ao direito civil, já porque o mesmo código civil reconhece a applicação do principio aos actos de estrangeiros em país estrangeiro, como se vê do art. 1085.º, que auctoriza a provar o casamento contraído em país estrangeiro por qualquer meio de prova, se nesse país taes actos não estiverem sujeitos a registo regular e authenticico, do art. 1965.º, que dá effeitos em Portugal ao testamento de estrangeiro feito em país estrangeiro quando se conforme com a lei do país onde fôr feito, e ainda do art. 2430.º pelo qual os documentos authenticicos passados em país estrangeiro, na conformidade da lei desse país, fazem prova neste reino, como o fariam documentos da mesma natureza exarados ou expedidos nelle, bem como se deve intender que a reconhece quanto aos actos de estrangeiros no reino pela logica reciprocidade a inferir do art. 24.º

b) O principio applica-se tanto a actos authenticicos como a actos particulares. Nem o código civil nem o código de commercio fazem distincção e porisso o principio tem de applicar-se em toda a generalidade.

c) O principio abrange tanto a fôrma *ad probationem* como a fôrme *ad solemnitatem*, não só porque os codigos civil e com-

mercial falam em geral da fórma externa dos actos juridicos, mas ainda porque, por um lado, o codigo civil permittiu que um dos actos mais solemnes do direito portuguez — o casamento — pudesse ser provado por qualquer meio de prova (art. 1085.º) e indicou, por outro, os actos solemnes que ainda em país estrangeiro deviam ser celebrados por uma fórma authentica — o contracto de casamento entre portuguezes (art. 1106.º) e o testamento feito por portuguezes em país estrangeiro (art. 1961.º).

d) O principio é limitado pelas excepções determinadas na lei. Estas excepções são de duas ordens. Umas são as constituídas pelos actos que, em harmonia com o direito consular, podem ser praticados pelos consules portuguezes em país estrangeiro ou pelos consules estrangeiros em Portugal, os quaes serão celebrados segundo a lei do país do consul. Outras são as expressamente determinadas na lei quanto a certos e determinados actos, como o estabelece o codigo civil quanto ao contracto de casamento e quanto ao testamento de portuguezes em país estrangeiro, que só podem ser celebrados por uma fórma authentica ou perante os consules portuguezes ou segundo a fórma de authenticidade estabelecida no estado local (artt. 1106.º e 1961.º), e como o estabelece tambem o codigo commercial — quanto ao rol da equipagem de navio portuguez, contracto que deve ser feito perante o funcionario consular portuguez ou, na falta deste, escripto e assignado no diario da navegação (art. 516.º, §§ 2.º e 3.º), — e quanto á escriptura de hypotheca de navio portuguez, que deve ser lavrada pelo funcionario consular portuguez e, na falta deste, constituída por escripto feito a bordo, com duas testemunhas, e lançado no livro da navegação (art. 591.º). Estas limitações ao principio *locus regit actum* estabelecidas pelo codigo commercial, seriam escusadas, mas são inoffensivas, pois sempre se podem praticar os respectivos actos juridicos, ao passo que as esta-

belecidas pelo código civil quanto ao contracto de casamento e aos testamentos não encontram facil justificação e podem collocar os individuos na situação de não poderem praticar aquelles actos em país estrangeiro, o que se dará quando não houver no país consul portuguez ou fórma authentica para celebração dos mesmos actos.

e) O principio tem no direito portuguez character obligatorio. O código civil e o código commercial *mandam*, não *permitted*, seguir a fórma da *lex loci*, pois dizem *será* e *serão*, fórmas claramente imperativas. Comtudo, tambem o direito portuguez tende para a transformação do principio em facultativo, reconhecendo os actos praticados por portuguezes nos consulados de Portugal segundo a lei portuguesa e reconhecendo os actos praticados por estrangeiros nos consulados do seu país e segundo a sua lei nacional. A realização desta tendencia devia completar-se com o reconhecimento da fórma da lei nacional dos interessados sempre que a applicação dessa lei fosse possível.

f) As formalidades dos documentos authenticos passados em país estrangeiro são reguladas pela lei do país em que sejam passados e taes documentos têm no reino a mesma força probatoria que têm os documentos authenticos exarados ou expedidos no reino. É a disposição do artigo 2430.º do código civil, o qual, longe de significar que o legislador pretendeu dispôr que os actos, para que as leis do reino exigem documento authentico, ainda por documento authentico se deviam provar quando praticados fóra do reino, quis formular o principio corrente de que a authenticidade dos documentos se avalia pela lei do país em que são passados e bem assim indicar que, quando os documentos tenham a authenticidade exigida por essa lei, têm o mesmo valor probatorio que os documentos exarados em Portugal, isto é, fazem em geral prova plena (cod. civil, artt. 2425.º e 2426.º).

g) Os documentos expedidos por auctoridades estrangeiras só terão validade, tanto no juizo civil como no commercial, quando estiverem *legalizados*, isto é; visados pelo funcionario diplomatico ou consular portugûes na respectiva nação e reconhecida a assignatura deste no ministerio dos negocios estrangeiros, e no juizo civil os documentos escriptos em lingua estrangeira só podem ser attendidos quando vierem acompanhados de traducção authenticada pelo consul da nação respectiva, podendo comtudo a traducção ser feita por peritos quando não houver em Portugal consul da respectiva nação <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Codigo do processo civil, art. 213.º; codigo do processo commercial, art. 30.º; decreto de 24 de dezembro de 1901, art. 22.º, n.º 2.º; regulamento de 13 de fevereiro de 1902, art. 9.º, § 4.º; e regulamento consular, art. 90.º; Sr. dr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Codigo completo de processo commercial*, tom. I, pag. 259; Srs. Drs. RODRIGUES LIMA e F. NORONHA, *Legalização de documentos*, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, anno XXI, n.ºs 86 e 90, pagg. 681 e 713.

Segundo o decreto de 4 de agosto de 1881, que mandou applicar o codigo do processo civil nas provincias ultramarinas, a assignatura dos consules portugueses na India inglesa é reconhecida pelo secretario geral do governo do estado da India (art. 13.º), segundo as portarias de 16 de agosto de 1902 e 31 de dezembro de 1903, confirmadas pelo decreto de 4 de janeiro de 1906, as assignaturas dos consules portugueses na Africa do Sul, em Zanzibar e na India inglesa, em documentos destinados a ter effeito na provincia de Moçambique, são reconhecidas pelo secretario geral do governo desta provincia, e, segundo a portaria de 1 de fevereiro de 1908, os documentos destinados á mesma provincia de Moçambique e authenticados pelos consules de Portugal na Europa e nos Estados Unidos da America do Norte são reconhecidos, quanto á assignatura daquelles consules, pelos consules geraes de Portugal no Cabo da Boa Esperança e em Johannesburgo e depois legalizados pelo secretario geral do governo daquella provincia.

Deve notar-se que os documentos expedidos por auctoridades estrangeiras, para que, em geral, façam fé em Portugal e seus dominios, devem, como declara o art. 90.º do regulamento consular, ser legalizados pelo

h) Os documentos authenticos exarados por officiaes publicos portuguezes devem ser escriptos em português. Quando algum ou alguns dos outorgantes não conhecerem a lingua portuguesa, intervirão interpretes escolhidos por aquelles, que transmittirão a declaração da vontade ao notario e a traducção do documento aos mesmos outorgantes. O original português deverá ser acompanhado de traducção ou traducções feitas pelos interpretes na lingua ou linguas que os outorgantes falarem, devendo o original e a traducção ser escriptos ao lado um do

---

competente funcionario consular português. A legalização é expressamente exigida, além do art. 213.º do codigo do processo civil, pelo regulamento do registo commercial de 15 de novembro de 1888, art. 39.º, § 2.º, e pelo regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898, art. 120.º, § 3.º

Tambem é de notar a disposição especial estabelecida pelo decreto de 21 de outubro de 1907 quanto á fórma dos documentos que devem apresentar as sociedades de seguros estrangeiras que queiram exercer a sua industria em Portugal. É a seguinte: «Art. 52.º Observar-se-á o disposto no artigo 213.º do codigo do processo civil quanto a todos os documentos apresentados pelas sociedades de seguros nos termos deste decreto e expedidos por auctoridades estrangeiras ou com a sua intervenção. § unico. Todos os outros documentos, informações ou communicações que não forem redigidos em lingua portuguesa serão acompanhados de traducção. De modo que as sociedades de seguros estrangeiras têm de apresentar os seus documentos de *habilitação* redigidos em português ou acompanhados de traducção authenticada pelo funcionario consular da respectiva nação e bem assim devidamente legalizados.

Importa ainda observar que, segundo o art. 56.º da lei de 9 de setembro de 1908, se algum contracto celebrado pelo governo português no estrangeiro fôr redigido em lingua estrangeira, a respectiva minuta deve ser sempre redigida em português e devolvida com a declaração do funcionario diplomatico ou consular de que o texto do contracto traduz fielmente o texto da minuta, assim como deve em taes contractos ser sempre reconhecida no ministerio dos estrangeiros a assignatura do respectivo funcionario diplomatico ou consular.

outro, dividindo-se as paginas, para este effeito, em columnas, e devendo ambos ser assignados nos termos geraes (Dec. de 14 de setembro de 1900, art. 74.º). A esta doutrina faz, porém, excepção o regulamento consular, cujo art. 100.º determina que as escripturas publicas exaradas pelos funcionarios consulares portuguezes devem ser redigidas na lingua de que tanto elle como os outorgantes e as testemunhas tenham cabal conhecimento.

Os documentos particulares passados em Portugal podem ser escriptos em qualquer lingua. Para a sua produçãõ no juizo civil, quando escriptos em lingua estrangeira, basta que sejam acompanhados de traducção authenticada pelo consul da respectiva nação, podendo mesmo a traducção ser feita por peritos, como dispõe o art. 213.º do codigo do processo civil e se diz na alinea anterior. Os titulos commerciaes não só são validos qualquer que seja a lingua em que estejam escriptos (codigo commercial art. 96.º), mas podem ser produzidos no juizo commercial independentemente de traducção.

A esta doutrina faz comtudo excepção o artigo 53.º do decreto de 21 de outubro de 1907, pelo qual as apolices de seguros, respeitantes a Portugal e passadas por companhias estrangeiras habilitadas a exercer no reino a industria de seguros, devem ser escriptas em português.

## § V

## Conflictos de leis de direito internacional privado.

Theoria da devolução<sup>1</sup>

SUMMARIO: — 71. O methodo legislativo e o apparecimento da questão da devolução. Significado e termos desta questão. A *theoria da devolução* e a *theoria tradicional*. — 72. A questão da devolução como questão de interpretação de preccitos legislativos sobre direito internacional privado. — 73. A questão da devolução como uma questão de competencia legislativa em materia de direito internacional privado. Systemas de FIORE e WESTLAKE. Critica. — 74. A theoria da devolução na jurisprudencia, nas legislações e na convenção da Haya, sobre casamento, de 12 de junho de 1902. Apreciação. — 75. A theoria da devolução perante o direito portuguez. — 76. Meio de evitar a questão da devolução no regimen do methodo internacional.

71. A constituição do direito internacional privado segundo as bases do methodo legislativo produziu a frequente divergen-

<sup>1</sup> Entre os auctores favoraveis á theoria da devolução, vide: VON BAR, *ob. cit.*, § 94; BROCHER, *Droit international privé*, tom. I, pag. 167; WEISS, *Manuel*, pag. 367, *Traité*, tom. III, pagg. 77 e segg., e *Herança Davidson* (parecer); FIORE *Le droit international privé*, tom. III, pagg. 486 e segg.; WESTLAKE, *Annuaire de l'Institut*, 1900, pagg. 35; *Herança Davidson* (lei reguladora desta successão segundo o direito portuguez e o direito inglés), Lisboa, 1907, etc. Entre os adversarios, vide: BATE, *Notes on the doctrine of renvoi in private international law*, London, 1904; DICEX, *ob. cit.*, pag. 77; MEILI, *ob. cit.*, pag. 132; ANZILOTTI, *Studi*, pagg. 193 e segg.; LABBÉ, *J. D. I. P.*, 1885, pagg. 5 e segg.; BARTIN, *Études de droit int. privé*, Paris, 1899, pagg. 83 e segg.; LAINÉ, *J. D. I. P.*, 1894, pag. 248, e *R. D. I. Pr. et Dir. Pen. Int.*, 1906, pagg. 605 e segg., 1907, pagg. 43, 313 e 661, e 1908, pag. 729; BUZZATI, *Il rinvio nel diritto int. privato*, Milano, 1898; PILLET, *Principes*, pagg. 155 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 238 e segg.; LIGEOIX, *J. D. I. P.*, 1903, pagg. 748 e segg.,

cia das *definições locais* do mesmo direito e deu lugar á difficuldade conhecida na sciencia pelas expressões — *conflictos de leis de direito internacional privado*, questão do *renvoi*, questão *del rinvio*, etc., que podemos chamar questão da *devolução*, e que apparece sempre que duas legislações, ao definir principios de direito internacional privado, mandam regular a mesma relação juridica por leis differentes, o que se dá, por exemplo, quando uma manda regular o estado e a capacidade das pessoas pela lei do domicilio, o que acontece na Dinamarca, e outra os manda regular pela lei nacional, como succede entre nós.

O melindre e alcance de semelhante difficuldade mede-se bem attendendo á situação dum tribunal perante uma causa á qual, segundo a *lex fori*, deva applicar uma lei estrangeira e, segundo esta lei, deveria applicar a *lex fori* ou a lei dum terceiro estado. Assim, se num tribunal portuguez se discutir uma questão de capacidade dum individuo domiciliado em Portugal mas nacional dum país cujas leis mandem regular o estado e a capacidade das pessoas pela lei do domicilio, o tribunal, em harmonia com o art. 27.º do codigo civil portuguez, deve applicar a lei nacional do interessado e, segundo esta lei, teria de applicar a lei portuguesa.

Tal é a questão creada pela pratica do methodo individual na constituição do direito internacional privado, a qual nos conduz naturalmente a uma dupla investigação — a) como deve ser resolvida no regimen actual geral do methodo individual,

---

e 1904, pagg. 551 e segg.; REGNAULT, *Le mariage*, Paris, 1903, pagg. 397 e segg.; VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois*, Paris, 1905, pag. 597, e *J. D. I. P.*, 1905, pagg. 1123 e segg.; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Relações civis internacionaes*, pag. 45; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*, pag. 128; *Herança Davidson* (lei reguladora desta successão), Lisboa, 1908; etc.

b) e como pode ser evitada no regimen do methodo internacional.

a) A divergencia das legislações na determinação dos preceitos do direito internacional privado conduziu naturalmente á questão: se o direito dum determinado país manda regular uma dada ordem de relações juridicas pelas leis estrangeiras, por exemplo se manda regular a successão pela lei nacional do auctor da herança, e se nesta lei ha por sua vez um preceito de direito internacional privado que manda regular a successão pela lei do domicilio, o tribunal chamado a applicar a lei estrangeira, deverá applicar esta lei nas suas disposições de *direito interno*, isto é, no nosso caso, nas disposições relativas a legitimas, herdeiros successiveis, direito de representação, etc., ou nas suas disposições de *direito internacional privado*, isto é, nas disposições relativas á resolução dos conflictos das leis?

Tem sido dada a esta questão pela jurisprudencia e pela doutrina uma dupla solução. Alguns tribunaes e alguns internacionalistas decidiram-se pela applicação das disposições de direito internacional privado, creando a *theoria da devolução*, assim chamada pelo facto de, *remettido* o juiz pela *lex fori* para uma lei estrangeira, esta o *devolver* para a mesma *lex fori* ou para a lei dum terceiro estado. Outros tribunaes e outros internacionalistas continuam a seguir a *theoria tradicional*, resolvendo-se pela applicação das disposições de direito interno, e a *theoria da devolução* deu logar á *questão do devolução*, que, posta pela primeiro vez em termos precisos por LABBÉ em 1885<sup>1</sup>, occupou rapidamente, pela sua importancia doutrinal, um dos primeiros logares entre as questões na ordem do dia do direisto internacional privado.

---

<sup>1</sup> *J. D. I. P.*, 1885, pag. 5 e segg.

72. Na sua evolução doutrinal, atravessou a questão da devolução duas phases características, sendo considerada na primeira phase como simples questão de interpretação dos preceitos da *lex fori* no intento de determinar se esta, remetendo para uma lei estrangeira, se refere á lei interna estrangeira ou á lei estrangeira de conflictos, e intendendo-se na segunda phase como questão de competência do legislador em materia de direito internacional privado, no intuito de verificar em que qualidade cada legislador formúla os preceitos daquelle direito e qual a natureza e força obrigatoria destes preceitos.

I. Na primeira phase foi a theoria da devolução baseada pelos seus partidarios em fundamentos pouco seguros, tornando-se facil aos seus adversarios fazer vingar a doutrina da referencia pela *lex fori* á lei interna estrangeira. Esses fundamentos eram dois:

1.º) A devolução assegura a identidade dos julgamentos proferidos sobre o mesmo litigio em diferentes estados, e garante em país estrangeiro o *exequatur* dos julgamentos pronunciados em questões de direito internacional privado, pois, se o tribunal, remetido pela *lex fori*, numa questão de capacidade por exemplo, para uma lei estrangeira, applicar, não as disposições de direito interno desta lei, mas as disposições duma terceira lei por ella indicada, o seu julgamento será identico ao que em caso semelhante proferiria um tribunal do país para a lei do qual remette a *lex fori*, e terá ahi assegurado o *exequatur* por applicar a lei competente segundo a regra de conflictos ali vigente. Assim, sendo a idade legal para contrahir matrimonio de 14 annos para os homens e 12 annos para as mulheres, segundo a lei portuguesa, e de 20 e 16, segundo a lei dinamarquesa, e mandando a regra de conflicts estabelecida no direito português regular a capacidade matrimonial pela lei nacional dos esposos e a estabelecida no direito dinamarquês pela lei do seu domicilio, se um tribunal português, chamado

a conhecer da capacidade matrimonial dum dinamarquês domiciliado em Portugal, remetido, como é, pelo art. 27.º do código civil, para o direito dinamarquês applicar a lei indicada por este direito, isto é, a lei do domicilio e, no caso sujeito, a lei portugueza, julgará como julgaria um tribunal dinamarquês, e a sentença será naturalmente executada na Dinamarca.

2.º) A devolução traduz a realização do pensamento do legislador, pois, quando este estatue que uma determinada relação jurídica deve ser regulada por uma lei estrangeira, quer racionalmente que esta seja applicada na sua integralidade, e portanto ainda nas suas disposições de direito internacional privado que remetam para a applicação do direito interno dum outro estado.

Nenhum destes argumentos pôde, porém, resistir, a uma critica profunda. A identidade de julgamentos, como vantagem da theoria da devolução, não passava duma illusão provinda duma inconsequencia na comprehensão e applicação daquella theoria. Com effeito, se o tribunal dum país dave intender os preceitos da *lex fori* sobre conflictos no sentido da devolução e se a theoria é verdadeira, tambem os tribunaes dos ontros países assim devem interpretar as regras de conflictos do seu direito, e os julgamentos, em vez de identicos, serão divergentes. Assim, se, no caso acima apontado, o tribunal portuguez deve seguir a doutrina da devolução e declarar valido o casamento dum dinamarquês domiciliado em Portugal e aqui casado aos quinze annos, applicando a lei portugueza como lei do domicilio, tambem um tribunal dinamarquês perante o qual seja discutida a mesma questão deve seguir o mesmo principio e portanto applicar a lei portugueza, que é a lei do domicilio, não nas disposições de direito interno, mas nas disposições de direito internacional privado, que remetem para a lei nacional, na hypothese para a lei dinamarquesa, e portante declarar

nullo o casamento por falta de idade legal segundo esta lei. A logica da devolução leva deste modo á divergencia de julgados que se pretendia evitar. É que a theoria da devolução é impotente para conduzir á uniformidade no meio das divergencias das legislações sobre direito internacional privado.

A garantia de *exequatur* não offerece apoio mais firme á theoria da devolução. É certo que, se o tribunal sentenciador applicar uma regra de conflictos semelhante á estabelecida pelo direito do país do tribunal a que se pede o *exequatur*, será isso um meio de facilitar o mesmo *exequatur*. Mas, semelhante circumstancia de modo algum justifica a devolução, antes a condemna. Em primeiro logar, o juiz sentenciador não pode saber onde a sentença virá a ser executada e porisso também não pode, para o effeito de assegurar o *exequatur*, determinar a regra de conflictos que ha de preferir á estabelecida pela *lex fori*. Em verdade, todas as sentenças que não digam respeito ao regimen da propriedade dos immoveis, como são as referentes ao estado e capacidade das pessoas, á tutela, á successão, á fallencia, ás obrigações, etc., podem ser executadas em diversos países, não sendo possivel determinar um país de principal ou de exclusiva execução, e as referentes ao regimen juridico dos immoveis só devem ser proferidas pelos tribunaes do país da situação desses bens, e portanto não ha logar a pedir para ellas o *exequatur*, o que mostra claramente que o juiz, porque são diversas as regras de conflictos onde a sentença pode ser executada, não tem criterio algum para, com o destino de assegurar o *exequatur*, determinar o principio de conflictos que deverá antepor á *lex fori*. Depois, ainda mesmo que fosse possivel determinar um país de principal execução, nem porisso se tornaria mais acceitavel a theoria da devolução como processo de garantir o *exequatur* dos julgamentos, pois se o juiz do país *A*, no intuito de assegurar o *exequatur* no país *B*, devesse applicar a regra de conflictos vigente neste

ultimo país, a seu turno os juizes do país *B*, quando fossem elles os primeiros a conhecer da questão, deveriam applicar as regras de conflictos vigentes em *A*, o que daria sobre o mesmo litigio soluções differentes, embora em sentido opposto á differença que haveria se cada tribunal applicasse sempre a regra de conflictos da *lex fori*.

Não tem mais valor a razão derivada da pretendida vontade do legislador ácerca da applicação integral da lei estrangeira quando por ella manda regular as relações juridicas. Duas simples considerações o mostram a toda a evidencia. Primeiro, se o legislador manda applicar a lei estrangeira, não admitte por certo a possibilidade de ainda ser applicada a lei nacional, o que viria a acontecer com a theoria da devolução quando a regra de conflictos estrangeira remette para a *lex fori*. Se invoca a lei estrangeira, é evidentemente nas disposições em que é differente da sua, por intender que essas disposições regulam melhor determinadas relações juridicas. A não ser portanto que, na remissão para as leis estrangeiras, haja referencia expressa aos preceitos dessas leis sobre direito internacional privado, a presumpção natural é que a remissão é feita para os paeceitos de direito interno dessas leis. Depois, se a lei estrangeira para que remette a *lex fori* deve ser applicada na sua integralidade, na sua integralidade deve ser applicada tambem a lei indicada pela lei estrangeira, o que produz um circulo vicioso irreductivel. Assim, se, numa questão de capacidade dum estrangeiro domiciliado no país do tribunal, a *lex fori* remette para a sua lei nacional e nesta ha uma regra de conflictos em materia de capacidade que remette para a lei do domicilio, a applicação integral da lei nacional devolve para a lei do domicilio, e a applicação integral da lei do domicilio devolve para a lei nacional, e o juiz não poderá sair do circulo, desde que se conserve na logica da theoria da devolução. Só poderia sair, commettendo o illogismo commodo de admittir

com WEISS <sup>1</sup> que, emquanto a *lex fori* remette para a regra de conflictos estrangeira, esta remette para as disposições de direito interno da lei que indica, por exemplo, da lei do domicilio.

A theoria da devolução é, pois, insustentavel como principio de interpretação dos preceitos da *lex fori* que remetem para as leis estrangeiras. As regras de conflictos, quer mandem resolvê-los pela applicação da *lex fori*, quer ordenem a applicação das leis estrangeiras, devem interpretar-se sempre do mesmo modo, e porisso sempre se deve intender que o legislador se refere ás disposições de direito interno e não ás de direito internacional privado, desde que ninguem admitte que, quando o legislador manda resolver o conflicto pela applicação da *lex fori*, elle queira referir-se ás disposições desta lei sobre direito internacional privado.

73. II. Com VON BAR, WEISS, FIORE, BARTIN, LAINÉ, WESTLAKE, ANZILOTTI, LIGEOIX e outros, a questão da devolução assumiu um novo aspecto e tornou-se objecto duma discussão verdadeiramente scientifica. Tornou-se uma questão de *competencia* do legislador em materia de direito internacional privado, tendente a resolver em que qualidade o legislador formúla os preceitos desse direito e qual o valor e alcance dos mesmos preceitos.

Nesta segunda phase da questão, o principio da devolução, ou pelo menos um principio que conduz ao mesmo resultado, é defendido por FIORE e WESTLAKE em dois systemas caracteristicos e typicos sobre o modo de intender os preceitos de direito internacional privado consagrados pelas legislações nacionaes.

---

<sup>1</sup> *Traité théorique et pratique de droit international privé*, tom. III, pag. 80.

Os dois systemas, embora differentes nos fundamentos e no processo logico de derivar as conclusões, assentam sobre uma base commum — a identidade de natureza entre as regras de direito interno e de direito internacional privado, e chegam a um resultado semelhante — a applicação da lei estrangeira nas suas disposições sobre conflictos ou de direito internacional privado.

FIGORE, intitulado legitimamente a questão — *conflictos entre as disposições legislativas de direito internacional privado*, começa por affirmar que, para bem a resolver, é necessario determinar a natureza e o caracter das disposições do direito positivo de cada estado sobre direito internacional privado. Ora, para o auctor, as regras de direito internacional formuladas por cada estado não são verdadeiras *regras internacionais*, pois, para o serem, deveriam resultar do accordo commum dos estados, *mas regras de direito interno*, sem outro effeito que não seja indicar ao juiz territorial a lei que deve reger as questões submettidas á sua decisão. E, sendo assim, a questão entra no dominio de todas as questões relativas á autonomia das leis internas em conflicto com as leis estrangeiras, que são questões de competencia legislativa, isto é, questões que se cifram em determinar quaes são as leis de competencia *territorial*, ou leis obrigatorias para todos os individuos que se encontrem dentro do territorio do estado, e quaes as leis de competencia *pessoal*, ou leis que acompanham os individuos onde quer que elles se encontrem. Ainda para o mesmo auctor, a competencia legislativa territorial abrange as coisas e a sua condição juridica, os direitos do estado e da sociedade e a segurança dos individuos, e a competencia legislativa pessoal compreende os preceitos relativos ás pessoas e aos actos juridicos que têm por base as relações pessoaes e as relações de familia. Para organizar a propriedade, a protecção dos direitos do estado e da sociedade e a segurança

dos individuos, *só o legislador local é competente*, e portanto os preceitos de direito internacional privado que determinam a auctoridade das leis sobre taes assumptos tẽem força absoluta e exclusiva para os tribunaes, quaesquer que sejam as regras de conflictos formuladas pelos outros esrados. Para organizar a protecção das pessoas e as relações de familia, *é racionalmente competente o legislador do país de que os individuos são nacionaes*, e porisso as regras de conflictos que respeitam áquella protecção ou relações devem ceder ás regras parallelas do estado a que pertençam os individuos, pois que esse estado é o mais qualificado para determinar a lei pessoal dos seus nacionaes. Assim, se o legislador português, por exemplo, manda regular o estado e a capacidade dum inglês domiciliado em Portugal pela lei inglesa, e esta por sua vez os manda regular pela lei do domicilio e portanto pela lei portuguesa, o legislador inglês é o mais qualificado para organizar a protecção dos seus nacionaes e porisso o juiz português deverá applicar a lei indicada pelo direito inglês.

Em summa, os preceitos duma legislação nacional sobre direito internacional privado são regras de direito interno, que entram no estatuto *real* ou no estatuto *pessoal* segundo a ordem de relações a que respeitam, devendo as do primeiro grupo ser de applicação obrigatoria para os tribunaes como leis de ordem publica e as do segundo ter a sua applicação dependente da indicação das regras de conflictos estrangeiras referentes ao estatuto pessoal. É a devolução limitada ás leis de protecção pessoal, com um aspecto scientifico que em breve apreciaremos.

WESTLAKE, que na sessão do Instituto de direito internacional de 1898 rejeitara a theoria da devolução para quasi todas as hypotheses, declarou admitti-la em toda a sua extensão na sessão de 1900.

Conduziu-o á sua nova opinião o seguinte raciocinio: 1.º) Não

se pode scindir a legislação em direito interno e direito internacional. Uma legislação nacional que se não baseia num principio de direito internacional é incompreensivel. O direito internacional privado não é um complemento da legislação nacional, identifica-se claramente com ella. Se um legislador formula as duas regras — *a*) a capacidade de testar adquire-se aos 21 annos, *b*) a capacidade das pessoas é regulada pela lei do seu domicilio, — sem a regra *b*) a regra *a*) não tem sentido, já que não pode saber-se quem são as pessoas que adquirem a capacidade de testar aos 21 annos, tornando-se porisso necessario dizer, por exemplo, se são os *nacionaes* ou os *domiciliados* a quem a lei confere aos 21 annos aquella capacidade 2.º) Fixado o sentido do principio de direito interno por um principio de direito internacional privado, attribuindo-se, por exemplo, a capacidade de testar aos 21 annos aos *domiciliados*, como faz a Dinamarca, fica dado o primeiro passo na função legislativa. Os domiciliados no estado legislador, no nosso caso a Dinamarca, são os que adquirem a capacidade de testar naquella idade. 3.º) Mas, dois passos devem ainda ser dados para a hypothese de um nacional do estado legislador estar domiciliado em país estrangeiro. Em geral, o legislador considerará normal para os outros legisladores o que é normal para elle e determinará naturalmente que os seus juizes reconheçam ás pessoas domiciliadas no estrangeiro a capacidade ou a incapacidade de testar reconhecida pela lei do domicilio. Pode, porém, ainda verificar-se um dos dois casos — *a*) de o nacional do estado legislador estar domiciliado num estado que tenha do direito internacional privado uma concepção semelhante á sua, siga o principio do domicilio, e portanto tenha uma lei sobre o estado e capacidade dos domiciliados, como acontece com a Inglaterra, *β*) ou de ter o domicilio num estado de conceitos differentes sobre a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, como succede com Portugal,

que segue o principio da lei nacional. No primeiro caso, a solução é facil. applica-se a lei do domicilio, que é lei normal para o estado legislador e para o estado do domicilio, e está dado o segundo passo. No segundo caso, porém, não ha no estado do domicilio uma lei para os domiciliados, já que a lei normal do estado e da capacidade é a lei nacional, e porisso o juiz dinamarquês não encontra uma lei normalmente competente para resolver a questão. A lei dinamarquesa não, porque essa é para os domiciliados na Dinamarca, a portuguesa também não, porque essa é para os de nacionalidade portuguesa. Abre-se assim um *conflicto negativo* entre as duas leis, que importa resolver, para dar o ultimo passo na função legislativa e habilitar o tribunal a tomar uma deliberação, o que se consegue applicando, á falta doura, a lei normal local como *lei subsidiaria*, e portanto applicando os tribunaes dinamarqueses a lei da Dinamarca e os tribunaes de Portugal a lei portuguesa, quando sejam elles os que tenham de julgar, já que o juiz dinamarquês não encontra em Portugal uma lei reguladora do estado e capacidade dos domiciliados, e o juiz portuguez, indo applicar a lei da dinamarca, verifica que esta é para os domiciliados no país e não para os domiciliados no estrangeiro.

O mesmo raciocinio generalizado leva á conclusão de que o conflicto entre disposições legislativas de direito internacional privado representa uma attitude negativa dos legisladores perante uma dada relação juridica que fica fóra da normalidade por elles regulada ou presumida, attitude que envolve a necessidade de recorrer a uma lei subsidiaria, que deve ser em cada estado a por elle considerada lei normal, isto é, a *lex fori*.

É a devolução sem devolução, a titulo de resolver um conflicto negativo entre preceitos de direito internacional privado. Faltando outra lei para resolver a questão, o tribunal deverá,

não havendo indicação expressa em contrario, considerar a applicação da *lex fori* como a expressão da vontade provavel do legislador.

Que valor attribuir aos systemas de FIORE e de WESTLAKE?

A nosso ver, não é mais que apparente o valor scientifico de ambos os systemas.

A doutrina de FIORE apoia-se numa base falsa que vicia toda a construcção do seu systema. O auctor considera regras de direito interno os preceitos do direito internacional privado pela razão de ellas não resultarem do accordo geral dos estados e serem formuladas por um legislador isoladamente. É confundir evidentemente duas funcções differentes, que, embora exercidas por um mesmo orgão, o são numa qualidade differente. É o estado que ao mesmo tempo formúla os preceitos do direito interno e quasi sempre estatue os principios do direito integrnacional privado. Mas, no primeiro caso, é orgão normal da sociedade nacional para determinar as regras juridicas da conducta dos individuos dentro dessa sociedade, e no segundo é *transitoriamente* orgão da sociedade internacional, definindo principios disciplinadores das relações internacionaes de ordem privada. Como orgão da sociedade nacional, estabelece os preceitos reguladores da actividade dos seus nacionaes, isto é, daquelles individuos que normalmente se encontram dentro da sua esphera jurisdiccional; como orgão da sociedade internacional, segundo já acima deixamos dito <sup>1</sup>, definene principios, como a seu ver os definiria a commuidade dos estados, de coordenação das soberanias das differentes nações na esphera dos interesses privados e, designadamente, demarca os limites de applicação das leis das differentes nações na sua concorrencia internacional para garantir efficazmente as relações

---

<sup>1</sup> Supra, pagg. 23 e segg.

privadas que a vida internacional produza ou faça reflectir no dominio da sua soberania. E os principios formulados por cada estado como orgão da sociedade internacional são, como tambem já notamos, rigorosamente imperativos e de applicação obrigatoria pelos tribunaes desse estado. «Um direito internacional, escreve LIEGEOIX, é por sua natureza unico: se as escolas intêdem diversamente o direito internacional privado, se não ha uma organização superior para sancionar uma das doutrinas admittidas, o legislador interno escolhe e os principios que elle consagra devem ser considerados pelos seus magistrados como o direito internacional. Toda a disposição contraria existente nas legislações estrangeiras deve ser considerada como contraria a este ultimo direito; os juizes devem vê-lo concretizado dum modo exclusivo na obra do seu legislador, á qual devem dar um valor absoluto, não admittindo nenhuma limitação, nenhuma derogação»<sup>4</sup>.

Não ha, portanto, que distinguir entre preceitos de direito internacional privado *territoriaes* e principios de direito internacional privado *personaes*. Todos são territoriaes e todos são igualmente obrigatorios ppra os juizes. Interpretando do modo que lhe parece melhor as necessidades da vida internacional no que respeita á protecção das pessoas, declara cada estado como lei internacional a lei mais propria para organizar aquella protecção e essa lei deve ser considerada pelos juizes como a expressão verdadeira do direito internacional e portanto a unica legitimamente applicavel.

Nunca é, por fim, legitima a devolução, 1.<sup>o</sup>) por contraria á missão do estado, em face da sociedade internacional, como declarador dos preceitos do direito internacional privado e a quem compete dizer determinadamente qual o regimen das re-

---

<sup>4</sup> J. D. I. P., 1904, pag. 661.

lações jurídicas na communitate dos estados e de modo algum indicar simplesmente a lei que ha de formular esse regimen, allias tal regimen não só ficava indeterminado mas obedeceria a principios diferentes segundo o systema seguido pelas leis estrangeiras, o que seria evidentemente absurdo, pois o mesmo legislador não pode reconhecer criterios diferentes para estabelecer a regulamentação dos mesmos factos jurídicos, 2.º) e por incompativel com a natureza de preceitos de ordem publica das regras de conflictos consagradas por cada estado.

É, pois, sempre para as disposições de direito interno das leis estrangeiras que deve intender-se a remissão da *lex fori* para essas leis, quando por ellas mande regular as relações jurídicas.

Os principios postos habilitam-nos a julgar o systema de WESTLAKE. Em nome desses principios podemos afirmar que 1.º) nem o direito internacional privado se identifica com o direito interno, 2.º) nem se dá o conflicto negativo imaginado pelo auctor.

1.º) Antes de mais, o direito internacional privado é uma criação recente, os seus principios remontam apenas á idade média, e «então, pergunta BUZZATI, pode dizer-se que, sem a lei de competencia, a lei material é incompreensivel?» Depois, o legislador, ao formular o direito interno, regula as relações privadas dos seus nacionaes fóra de toda a consideração de direito internacional privado. Apenas procura determinar a condição das pessoas e das coisas normalmente sujeitas ao seu imperio. É só quando se colloca num ponto de vista diferente, se considera membro da communitate internacional, e attenta nas relações dos seus nacionaes com os estrangeiros e na hypothese de um nacional se encontrar no estrangeiro ou dum estrangeiro se encontrar no país, que pensa na determinação dos limites da applicação das suas leis e das leis estrangeiras e formula principios de direito internacional privado,

não para organizar a condição jurídica de pessoas ou coisas, mas para dizer como intende o direito regulador das relações privadas internacionaes e como quer que elle seja applicado dentro do seu territorio. É assim patente a differença entre um direito interno que define situações jurídicas para as pessoas e cousas normalmente sujeitas ao legislador e o direito internacional privado que delimita competencias legislativas para a regulamentação das relações entre pessoas ou referentes a coisas que possam determinar a concorrência das leis de diferentes países.

2.º) O conflicto negativo não passa duma engenhosa invenção. Legislando sobre direito internacional privado, é cada estado representante da sociedade das nações, a sua definição local é considerada como a expressão verdadeira do direito internacional, o conflicto é frisantemente positivo, e só pode ser resolvido pela applicação em cada estado dos principios definidos pelo legislador local, como regras de ordem publica com que é delimitada a competencia reciproca das diversas legislações.

A theoria da devolução é, em conclusão, contradictada pela natureza mesma do direito internacional privado, e porisso deve ser regeitada quer como simples processo de interpretação quer como meio de precisar a competencia legislativa na declaração daquelle direito. E contraria a semelhante theoria é ainda a tendencia geral da doutrina, como bem o mostra a resolução do Instituto de direito internacional na sessão de Neuchatel de 1900, concebida nestes termos: «Quando a lei dum estado regule um conflicto de leis em materia de direito privado, é desejavel que designe a disposição mesma que deve ser applicada a cada especie e não a disposição da lei estrangeira sobre o conflicto de que se trata» <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Annuaire de l'Institut*, tom. XVIII, pag. 79.

74. A theoria da devolução tem sido largamente consagrada pela jurisprudencia de diversos países, podendo BUZZATI verificar em 1898 a applicação frequente da theoria pelos tribunaes franceses, belgas e allemães e a sua applicação constante, em materia de successão mobiliaria, pelos tribunaes ingleses, norte-americanos e indianos e, em todos os casos, pelos tribunaes do granducado de Baden. Comtudo, a consagração pelos tribunaes da theoria que julgamos insustentavel perante os principio scientificos, nem é geral, pois apparecem na jurisprudencia dos diversos países bastantes julgados claramente contrarios á devolução<sup>1</sup>, nem tem o valor que á primeira vista poderia attribuir-se-lhe, porisso que, em todos os casos, em que os tribunaes tõem accetado a devolução, tõem-no feito para applicar a *lex fori*, o que representa o resultado da tendencia erronea para preferir em todas as materias a lei do país do tribunal e levou PILLET a dizer que poderia perguntar-se se a devolução é admittida por convicção juridica ou por commodidade pratica. Semelhante circumstancia diminue certamente o valor doutrinal da jurisprudencia e legitima o pensamento de BARTIN de que vale mais uma boa razão do que um grande cortejo de sentenças.

Ainda a theoria da devolução foi reconhecida em maior ou menor extensão pelas legislações suissa, hungara, allemã e japonesa, pela convenção da Haya de 12 de junho de 1902 sobre conflictos de leis em materia de casamento, e, depois desta convneção, pela legislação sueca. Mas da analyse das legislações que consagram a devolução, bem como da razão e alcance da convenção de 1902, resulta que ella constitue uma excepção de valor muito limitado, ou tende a converter-se num expediente pratico para aplanar as difficuldades

---

<sup>1</sup> LAINÉ, na *R. cit.*, pag. 614; VABRES, *ob. cit.*, pag. 600.

que se oppõem ao accordo dos estados para o estabelecimento de principios de direito internacional privado.

A primeira lei que consagrou a devolução foi o codigo civil do cantão de Zurich de 1854, imitado pelos codigos dos cantões de Zug de 1861 e de Schaffhausen de 1864 e pelo novo codigo de Zurich de 1887, que, nos §§ 1.º, 2.º e 3.º, a reconheceu em materia de estatuto pessoal, pois, sujeitando em geral os estrangeiros ao direito local, lhes mandou comtudo applicar a lei do seu país, *se assim fosse disposto pela lei do estado a que elles pertencessem*. Estes codigos foram, porém, revogados pelo codigo civil suizo (tit. final, art. 51.º) de 10 de dezembro de 1907, que começará a vigorar no dia 1 de janeiro de 1912.

Ainda em materia de estatuto pessoal, mas limitada ao casamento e ao divorcio, foi a devolução sancionada pela lei federal suiza de 24 de dezembro de 1884, artt. 37.º e 56.º, os quaes determinaram que não podia ser celebrado na Suissa o casamento dum estrangeiro nem ali podia ser admittida acção alguma de divorcio ou de nullidade de casamento entre estrangeiros emquanto se não apresentasse uma declaração, da auctoridade estrangeira competente, de que o casamento seria por ella reconhecido com todos os effeitos legaes ou emquanto se não provasse que o estado a que pertenciam os conjuges reconhecera o julgamento que fosse pronunciado, isto é, mandaram observar os principios de direito internacional privado consagrados pela lei nacional dos conjuges em materia de casamento e divorcio.

A lei de 1874 foi egualmente revogada pelo codigo civil (tit. final, art. 62.º). E o codigo é menos rigoroso que a lei de 1874, pois os governos cantonaes podem conceder a auctorização para o casamento de estrangeiros mesmo sem estes apresentarem declaração do seu governo de que o casamento será reconhecido com todos os seus effeitos.

Depois da lei suissa, admittiu tambem a devolução e quasi nos mesmos termos a lei hungara sobre o casamento de 18 de dezembro de 1894, que no artigo 808.<sup>o</sup> determinou que a capacidade matrimonial será apreciada pela lei nacional dos conjuges, a não ser que a mesma lei nacional prescreva a applicação doutra lei, e no artigo 116.<sup>o</sup> accrescentou que os tribunaes hungaros só podem conhecer das acções matrimoniaes entre estrangeiros quando os seus julgamentos sejam executorios no estado de que os conjuges sejam nacionaes. É claramente a applicação da theoria da devolução á determinação das condições de validade do casamento e da competencia dos tribunaes locais em relação ás acções matrimoniaes entre estrangeiros.

Uma nova consagração da theoria se encontra na lei de introdução do codigo civil allemão de 1896, que começou a vigorar em 1 de janeiro de 1900. Segundo o artigo 27.<sup>o</sup> dessa lei, «se, em harmonia com o direito dum estado estrangeiro cujas leis foram declaradas applicaveis pelos artigos 7.<sup>o</sup>, alinea 1.<sup>a</sup> (capacidade juridica), 13.<sup>o</sup>, alinea 1.<sup>a</sup> (capacidade matrimonial), 15.<sup>o</sup>, alinea 2.<sup>a</sup> (regimen legal dos bens dos conjuges), 17.<sup>o</sup>, alinea 1.<sup>a</sup> (lei reguladora do divorcio) e 25.<sup>o</sup> (regimen das successões), forem applicaveis as leis allemãs, devem estas ser applicadas. Ainda a devolução para determinadas manifestações do estatuto pessoal.

Disposição semelhante se lê no art. 29.<sup>o</sup> da lei japonesa de 15 de junho de 1898, onde se diz: «Quando a lei nacional duma pessoa é declarada applicavel, se, segundo o direito do seu país, lhe deverem ser applicadas as leis do Japão, applicar-se-ão estas ultimas leis»<sup>1</sup>.

As conferencias da Haya de 1893, 1894 e 1900 e a pri-

---

<sup>1</sup> *J. D. I. P.*, 1901, pag. 639,

meira convenção de 12 de junho de 1902 acceitaram a lei nacional como lei reguladora da capacidade matrimonial, encontrando-se nos protocollos finaes das três conferencias e no artigo 1.º da convenção a regra — «o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros esposos». Mas já no protocollo de 1893 se accrescentava á regra esta restricção — «a não ser que esta lei (a nacional) se refira á lei do domicilio ou á lei do logar da celebração», restricção que passou para o protocollo de 1894 nestes termos — «salvo o ter em consideração a lei do domicilio ou a lei do logar da celebração, se a lei nacional o permittir», appareceu no protocollo de 1900 com esta fórmula — «a não ser que uma disposição desta lei se refira expressamente a uma outra lei», e entrou na convenção com a fórmula que lhe foi dada em 1900.

Depois da convenção da Haya, e certamente por ella inspirada, sanccionou a theoria da devolução a lei sueca de 8 de julho de 1904, que, dando execução áquella convenção, estabeleceu este principio de character geral: «Quando um subdito estrangeiro quizer contrair casamento perante uma auctoridade sueca, a sua capacidade matrimonial será apreciada segundo a lei do estado a que elle pertencer. Se esta lei auctorizar a applicação, para este effeito, duma lei estrangeira, applicar-se-á esta ultima lei».

Apreciando as disposições apontadas, nota-se que a theoria da devolução está longe duma consagração legislativa plena.

Os codigos suissos, já revogados, apenas admittiam a devolução para o effeito de fazer prevalecer a lei nacional dos interessados. Não reconheciam a remissão para outras leis. A lei suissa e o codigo civil federal limitaram-na ao casamento e ao divorcio, parecendo que o codigo já lhe deu menos valor que a lei quanto ao casamento. A lei hungara restringe-a á capacidade matrimonial e ás acções matrimoniaes.

A lei allemã e a lei japonesa circumscrevem-na a certas insti-

tuições do estatuto pessoal e só a aceitam quando a lei nacional remetta respectivamente para as leis allemãs ou japonesas, o que mostra que semelhantes leis são, nessa parte, mais um producto da velha tendencia para a territorialidade, do que um resultado da pura doutrina da devolução.

As conferencias da Haya rejeitaram pela maioria dos seus membros a theoria da devolução como principio geral do direito internacional privado e apenas a reconheceram, como expressamente dizem RENAULT e ASSER, o primeiro no relatorio da commissão da conferencia de 1900 sobre o casamento e o segundo numa pequena communicação sobre aquella theoria <sup>1</sup>, para facilitar o alargamento do direito convencional a um maior numero de estados, conseguindo que a convenção sobre casamento fosse assignada tambem pelos estados que adoptem a lei do domicilio como lei reguladora da capacidade matrimonial, e a convenção, como ainda se diz no relatorio de RENAULT, admite a devolução pela lei nacional para uma outra lei simplesmente para o effeito de assegurar a validade do casamento celebrado em harmonia com a lei do domicilio ou do logar da celebração quando para estas leis remetta a lei nacional dos esposos, por fórma que, em semelhantes casos, o casamento é valido quando celebrado em harmonia com a lei interna do pais dos conjuges ou quando realizado segundo a lei do domicilio ou do logar da celebração. É uma regra de devolução *facultativa* para transigir entre principios oppostos de direito internacional privado e para dar estabilidade a um acto juridico tão importante como o casamento.

A lei sueca, apenas relativa á capacidade matrimonial, inspirou-se evidentemente na convenção da Haya, propondo-se o mesmo destino de assegurar a validade do casamento no meio

---

<sup>1</sup> Actes de 1900, pag. 168; Documents de 1900, pag. 183.

da divergencia dos preceitos do direito internacional privado acceitos pelas legislações. Isto é, só parcialmente e com caracter transaccional reconheceu a theoria da devolução.

De modo que, a theoria da devolução nem conseguiu uma consagração legislativa plena ao menos para as instituições do estatuto pessoal, nem viu reconhecida a sua legitimidade como theoria juridica permanente do direito internacional privado. Os jurisconsultos diplomatas da Haya, como os jurisconsultos homens de sciencia de Neuchatel, recusaram valor scientifico áquella pseudo-theoria e apenas como expediente pratico e medida transitoria lhe deram cabimento parcial na convenção sobre o casamento. A logica juridica fará o resto. Quando os homens de estado se convencerem decisivamente de que são falsos os fundamentos de semelhante doutrina, bani-la ão por certo das legislações nacionaes, e, quando as circunstancias facilitarem a acceitação geral de principios uniformes de direito internacional privado, o illogismo pratico de agora cederá ao rigor scientifico e a diplomacia não precisará de sacrificar, segundo a phase de ASSER, no altar do accordo internacional um principio seguro de sciencia juridica.

75. Não ha no direito portugûes disposição alguma que *formalmente* accete ou rejeite a theoria da devolução. Sendo assim, o que deixamos dicto ácerca desta theoria, quer do seu valor como theoria de interpretação das leis de direito internacional privado quer da sua subsistencia em face da missão dos legisladores ao formularem precitos sobre direito internacional, é sufficiente para demonstrar que o principio da devolução é repellido pelas nossas leis e que os tribunaes portugûeses devem interpretar estas leis, quando mandem applicar o direito estrangeiro, como remettendo para as leis estrangeiras nas suas disposições de direito interno e não nas suas disposições de direito internacional privado.

\*

E assim o tinha entendido unanimemente até ha pouco tempo a jurisprudencia dos nossos tribunaes, que sempre haviam interpretado as nossas leis sobre direito internacional privado como remettendo para o direito interno estrangeiro.

Todavia, numa questão recente e muito celebre sobre a determinação da lei reguladora da capacidade testamentaria dum subdito inglês, ou assim considerado, domiciliado em Portugal, foi, pelo juiz de primeira instancia, proferido um despacho que claramente applicou a theoria da devolução <sup>1</sup>.

A lei portuguesa manda regular a capacidade dos estrangeiros (Cod. civil, art. 27.<sup>o</sup>), e consequentemente a sua capacidade testamentaria, pela lei do seu país. Tratando se dum inglês, a capacidade de testar deverá, porisso, ser regulada pelo direito inglês. No direito inglês existe, porém, a par com o preceito de direito interno que estabelece o principio da *liberdade testamentaria*, o preceito de direito internacional privado que manda regular a capacidade pessoal e a successão mobiliaria pela lei do domicilio. Se, pois, se acceitar a theoria da devolução, a successão dum inglês domiciliado em Portugal deverá ser regulada pela lei portuguesa. Assim julgou o douto magistrado.

Creemos, porém, que o primeiro julgado português que acceitou a theoria da devolução não deu ás nossas leis a sua verdadeira interpretação. Faremos porisso, em nota, algumas observações ao alludido despacho <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Despacho determinativo da partilha proferido no inventario de D. Mary Anna Davidson (Na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, anno 40, n.<sup>o</sup> 1728, pag. 335.

<sup>2</sup> Lê-se no despacho: «Segundo se vê dos *affidavit* a fls, a viuva do subdito inglês, maior de vinte e um annos, pode livremente dispôr de todos os bens do seu uso pessoal ou mobiliarios, sem restricção de qualquer parte dos mesmos bens, embora tenha filhos legitimos, salvo,

76. O segundo aspecto do problema que analysamos é de facil solução.

---

porém, se estiver domiciliada em país estrangeiro, intendendo-se por domicilio o lugar onde tenha residencia permanente sem tenção de se retirar d'elle (CLUNET, 1906, pag. 17), porque neste caso só pode dispôr segundo a lei desse país.

«Mostra-se dos autos, e não se contesta, que a inventariada residia ha muitos annos em Portugal e, portanto, cumprindo a disposição da lei inglesa, é a portugueza que se tem de applicar.

«Ha, porém, quem sustente que desde o momento que se determina a applicação duma lei estrangeira, se tem de applicar a commum e não a de excepção, porque, admittindo-se o reenvio, se caíria num circulo vicioso, a lei portugueza a mandar applicar a inglesa, esta a portugueza, por seu turno esta a inglesa, e assim por diante, e que a sujeição a esta determinação da lei inglesa seria para nós uma perda da nossa soberania. Não me parecem precedentes taes argumentos; o circulo vicioso que se pretende existir não o encontro; — a lei portugueza manda applicar a lei inglesa com relação á capacidade civil do individuo, isto é, com relação ao seu estatuto pessoal, esta determina que este estatuto é regido pela lei do país onde reside, e acaba a devolução, applicando-se esta lei e a inglesa que é só uma, não comprehendendo a distincção e separação que se pretende fazer de lei interna e lei de direito internacional privado, que se completam uma á outra, formando um todo indivisivel, que com relação ao estatuto pessoal do individuo se tem de observar.

«Tambem se não pode admittir o principio da não devolução da lei de direito internacional privado, por ser apenas territorial (como se sustentou na decisão da Cour de Paris de 1 de agosto de 1905, CLUNET, 1906, pag. 178), pois que, definindo e determinando essa lei a capacidade civil do individuo, que lhe está sujeito, para o que tem competencia, deve em toda a parte ser observada, e assim no país de residencia, quando á lei desse país se manda attender.

«A lei inglesa, dando preferencia á lei do domicilio por julgar mais appropriada a solução, não podia ter em vista que lhe devolvesse esta solução do conflicto que ella defere, nem deixar a esta lei a escolha do melhor systema de direito internacional privado (WEISS, *traité*, tom. 3.º, pag. 80).

O regimen do methodo internacional em toda a sua pureza elimina claramente a difficuldade productora da questão da

«Tambem me não quer parecer que a nossa soberania fique muito prejudicada, sendo a nossa lei que se applica em vez da estrangeira, e fazendo o contrario seriamos mais cuidadosos da auctoridade da lei estrangeira do que ella propria, não havendo razão para não se admittir que o país, a que estão sujeitas as pessoas, exerça sobre ellas a auctoridade legislativa, determinando a condição civil e direitos privados dos seus nacionaes que vão residir em país estrangeiro. O que se não pode contestar é que a capacidade civil do individuo e o seu estatuto pessoal são regidos pela lei do seu país, a inventariada era inglesa, e, segundo a lei inglesa, a que era sujeita, o seu estatuto pessoal tem de ser regulado pela lei do seu domicilio, que era em Portugal, mesmo para não cairmos no resultado absurdo, como bem pondera o Marquês de VAREILLES SOMMIÈRES (CLUNET, 1900, pag. 275), de os actos dum inglês, domiciliado em Portugal, segundo o seu estatuto pessoal, serem em Inglaterra apreciados pela lei portugueza e em Portugal pela lei inglesa.

«E não temos de apreciar sob o ponto de vista exclusivamente doutrinario o valor da theoria do reenvio, mas sim e principalmente o valor que possa ter perante as disposições da nossa legislação; — ora não somente não é repellida pelas nossas leis, mas, ao contrario, pode considerar-se reconhecida na disposição do n.º 4 do art. 92.º do codigo civil, e ainda ultimamente foi accete por nós numa das convenções da Haya, a relativa ao casamento, convenção já approvada por lei de 20 de dezembro de 1906, e confirmada e ratificada por carta de 7 de fevereiro do corrente anno (1907). E se para um caso é admittida como questão de interpretação de direito internacional privado, o deve ser para todos, como foi expressamente admittida pela lei de introdução do codigo civil allemão no seu art. 27.º, que decidiu que devia applicar-se a lei interna, quando o direito estrangeiro desiste em seu favor».

Deste despacho e da sentença que julgou a partilha foi interposta appellação, sobre a qual recaiu o accordão da Relação de Lisboa de 25 de junho de 1908. (Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, anno 22, n.ºs 53 e 54, pagg. 418 e 426). Este accordão, porém, não resolveu a questão ven-

devolução. Se os estados fixarem principios uniformes para a resolução dos conflictos das leis privadas, se, por exemplo,

---

tilada na despacho transcripto, pois considerou a testadora de nacionalidade portuguesa e, como tal, sujeita á lei portuguesa quanto á sua capacidade testamentaria.

Daquelle accordão não houve recurso e portanto não temos ainda julgado algum de segunda instancia ou do Supremo Tribunal de Justiça favoravel á doutrina da devolução.

Apreciaremos o despacho do juiz de primeira instancia, por ser o princiro *judgado* que, como dizemos no texto, entre nós sancionou uma theoria que consideramos inteiramente erronea e repugnante aos verdadeiros principios do direito internacional privado.

Intende, em primeiro logar, o signatario do despacho que a doutrina da devolução não conduz a um circulo vicioso. Para chegar a essa conclusão, admite, com WEISS, que, emquanto a *lex fori* (no caso a lei portuguesa) remette para a lei estrangeira sobre conflictos (na hypothese a lei inglesa), a lei estrangeira devolve para a *lex fori* nas suas disposições de direito interno, ou, como se diz, nas suas disposições de *direito material*, em contraposição ás normas de conflictos, que são normas de applicação e de *caracter formal*. Mas a simples doutrina de WEISS era por demais superficial e illogica, e porisso o despacho pretendeu dar-lhe valor decisivo com a theoria de WESTLAKE, affirmando a identidade e função reciprocamente complementar das leis de direito interno e das leis de direito internacional privado. Todavia, nem o principio de WESTLAKE, aliás erroneo, pode evitar o circulo vicioso. Em verdade, se, no direito inglês, o preceito de direito internacional completa o preceito de direito interno e porisso se deve applicar a regra de conflictos do direito inglês, tambem no direito português os dois preceitos se completam logicamente, e deve applicar-se a regra de conflictos do direito português. E, assim, ao passo que o direito inglês devolve para o direito português, o direito português tornava a devolver para o direito inglês, e a cadeia do circulo apertava indefinidamente o tribunal.

Ao lado das doutrinas de WEISS e de WESTLAKE, apparece no despacho a doutrina de FIORE com a sua classificação das normas de conflictos em preceitos de direito internacional privado *pessoaes* e preceitos de direito internacional *territoriaes*, e com a *extritorialidade* da primeira ordem

accordarem em que a capacidade de testar seja regulada em toda a parte pela lei nacional do testador, já não ha a possi-

de preceitos justificada com o principio de que é o legislador de cada estado o competente para formular as leis de protecção pessoal dos seus nacionaes e de que, porisso, a sua auctoridade ainda deve ser respeitada quando mande regular a capacidade civil dos mesmos nacionaes domiciliados em país estrangeiro pela lei do domicilio. Esqueceu-se, porém, o despacho de que, para os tribunaes de cada país, não pode deixar de haver *unidade* de normas de direito internacional privado, de que, para os mesmos tribunaes, essas normas só podem ter valor quando resultantes da vontade commum dos estados para a formação da qual tenha concorrido o estado em nome de quem administram justiça, ou quando formuladas pelo legislador local substituindo-se transitoriamente ao legislador internacional, de que, para os juizes dum país, o verdadeiro direito internacional privado é o formulado pelo seu legislador, de que é da essencia das normas de conflictos determinar a lei que ha de regular as relações juridicas, de que esta lei não pode deixar de ser a lei considerada nas suas disposições de direito material ou interno, pois só esta lei regula taes relações juridicas, já que os preceitos de direito internacional privado não regulam relações e apenas indicam a lei que as devem regular, de que as mesmas regras de conflictos delimitam a competência das leis dos diversos países e assim organizam a cooperação das soberanias, e de que, por tudo o que fica dicto, as normas de conflictos são evidentemente leis de ordem publica e portanto leis imperativas de impreterivel applicação pelos tribunaes, isto é, leis territoriaes e de applicação geral. A doutrina de FIORE, perflhada pelo despacho, labora, pois, num claro equivoco. Confunde a competencia para formular leis de protecção pessoal, que são leis de direito interno e podem ter effeito exterritorial, com a competencia para determinar quaes são as leis de protecção pessoal applicaveis para regulamentar as relações juridicas, isto é, para formular regras de conflictos, que são leis territoriaes. Compreende-se muito bem que um legislador formule leis sobre capacidade e que outro determine quaes são as leis de estado e capacidade applicaveis em cada caso concreto.

Ainda o despacho afirma que a lei inglesa, dando preferencia á lei do domicilio por a julgar mais apropriada á solução, não podia ter em vista que se lhe devolvesse esta solução do conflicto, nem deixar a esta lei a

bibidade de uma legislação remetter para outra e esta devolver para a primeira ou para uma terceira, quer aquelle methodo

escolha do melhor systema de direito internacional privado. A lei inglesa não podia ter em vista semelhante coisa, e a lei portuguesa, que, perante o direito internacional tem o mesmo valor que a lei inglesa e para os tribunaes portugueses é a unica que tem valor quando fôr de interesse e ordem publica, essa pode ter em vista que, quando remette para uma lei estrangeira, por a julgar melhor para a solução do conflicto, ainda lhe seja devolvida essa solução, e pode deixar á lei inglesa a escolha do melhor systema de direito internacional privado. Seria *domina* a lei inglesa e *ancilla* a lei portuguesa !

A solução do despacho, lê-se ali, não fere, defende a nossa soberania, pois se applica, não a lei estrangeira, mas a lei portuguesa, que é a expressão da nossa soberania. Mas o signatario do despacho não se lembrou de que para o tribunal é a lei a verdadeira expressão da soberania, de que, da coordenação da soberania portuguesa com as soberanias estrangeiras, não julga o tribunal, mas o legislador ou isoladamente ou conjugando, quer tacita quer expressamente, a sua vontade com a vontade dos outros estados, e de que, no caso sujeito, o que importava era conhecer a vontade do legislader e deixar a este a defesa da soberania nacional.

Nem, continua o despacho, devemos ser mais cuidadosos da auctoridade da lei estrangeira do que ella propria, não havendo razão para não se admittir que o país a que estão sujeitas as pessoas exerça sobre ellas a auctoridade legislativa, determinando a condição civil e os direitos privados dos seus nacionaes que vão residir em país estrangeiro. Estabelecendo regras de conflictos, não tem o legislador de cada país por fim cuidar ou deixar de cuidar da auctoridade das leis estrangeiras, mas simplesmente estabelecer regras *justas* da coordenação das suas leis com as leis estrangeiras, e porisso pode muito bem parecer-lhe justa a applicação da lei estrangeira em vez da applicação da lei do país, com o que não cuida da auctoridade da lei estrangeira, mas apenas legisla o que considera a justiça nas relações internacionaes. Quanto ao mais, não se trata duma questão de direitos dos estrangeiros, que aliás não são determinados pelas leis estrangeiras mas pelas leis internas e pelo direito internacional, mas trata-se duma questão de lei reguladora do exercicio desses direitos,

se realize por meio dum tratado geral, quer por meio de leis uniformes.

duma questão de competencia legislativa, e não é certamente ao legislador estrangeiro que cabe medir a auctoridade das suas leis dentro do territorio dos outros estados.

Demais, se é verdade, como aponta o despacho, que se não pode contestar que a capacidade do individuo e o seu estatuto pessoal são reguladas pela lei do seu país e que, na hypothese da inventariada ser inglesa, pela lei inglesa devem ser regulados essa capacidade e estatuto, porque é que não ha de applicar-se a lei inglesa que effectivamente regula a capacidade, mas a lei inglesa que manda regular a mesma capacidade? Pois se o art. 27.º do codigo civil portugês diz que a capacidade dos estrangeiros será regulada pela lei do seu país, poderá porventura applicar-se, em vez da lei estrangeira que regula a capacidade, outra lei estrangeira que a manda regular por uma terceira lei?

Remata o despacho as suas considerações theoricas dizendo, com VARELLES SOMMIÈRES, que deve evitar-se o absurdo de os actos dum inglês domiciliado em Portugal, segundo o seu estado pessoal, serem em Inglaterra apreciados segundo a lei portuguesa e em Portugal pela lei inglesa. É exacto que se produzirá o resultado indicado pelo despacho, mas, em vez dum absurdo evitavel, trata-se duma consequencia inevitavel do actual methodo de constituição do direito internacional privado e de nos differentes países se adoptarem systemas differentes sobre este direito. É uma incoherencia de que não é culpado o legislador portugês, nem tão pouco o legislador inglês, mas que resulta da evolução divergente do direito dos differentes povos, cujos effeitos os tribunaes não podem remediar. A mesma incoherencia se produziria, se se tratasse duma questão de capacidade dum portugês domiciliado em Inglaterra, que seria julgado pelos tribunaes portugueses segundo a lei portuguesa (cod. civ., art. 24.º), e pelos tribunaes ingleses segundo a lei inglesa, por na Inglaterra ser seguido o systema da lei do domicilio. É que no fundo, os conflictos entre as disposições legislativas sobre direito internacional são insoluveis e os tribunaes não podem ter a pretensão de encontrar solução onde esta não é possivel.

Em seguida aprecia o despacho a theoria da devolução em face da nossa legislação, afirmando que a theoria não só não é repellida pelas

Quando, porém, o methodo universal não possa ser applicado em todo o seu rigor logico e se intenda que é indispen-

nossas leis, mas, ao contrario, pode considerar-se reconhecida na disposição do n.º 4 do art. 22.º do codigo civil, que ainda ha pouco foi aceita na convenção da Haya de 1902 sobre o casamento, e que, se para um caso é admittida, como questão de interpretação de direito internacional privado, o deve ser para todos, como foi expressamente admittida pelo art. 27.º da lei da introdução do código civil allemão.

É para nós evidente que a theoria da devolução não é de modo algum reconhecida no n.º 4 do artigo 22 do codigo civil, onde se diz: «Art. 22. Perde a qualidade de cidadão português: . . . 4.º A mulher portuguesa que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalizada pela lei do país do marido». Semelhante disposição teve por fim evitar que a mulher ficasse sem nacionalidade.

O argumento derivado do artigo 1.º da convenção da Haya sobre o casamento, de 12 de junho de 1902, é infeliz, pois é certo: 1.º que a conferencia de 1900, pela qual foi elaborado o projecto daquela convenção, rejeitou a theoria da devolução como principio geral do direito internacional privado, e apenas a aceitou como meio de transacção entre o systema da lei nacional e o systema da lei do domicilio ou o systema da *lex loci*; 2.º) que em mais nenhuma das convenções relativas ao estatuto pessoal, como a separação e divorcio, a tutela, a interdicção, efeitos do casamento e successões, foi reconhecida semelhante theoria, e, assim, a regra de devolução da convenção de 1902 tem character *excepcional* e portanto não pode servir de elemento de interpretação das nossas leis; 3.º) que a propria convenção constitue direito *especial*, o que, por seu lado, já indicava que as suas disposições não podiam basear a analogia na interpretação do direito português; 4.º) e que, se os estados signatarios da convenção, e portanto Portugal, julgaram necessaria naquella caso especial uma regra de devolução, foi certamente porque estavam convencidas de que a theoria da devolução não era aceita pelo direito de cada um dos mesmos estados.

Nenhum valor pode ter egualmente o exemplo tirado do artigo 27 da lei de introdução do codigo civil allemão, pela razão simples de que o legislador allemão, formulando expressamente uma regra de devolução quanto á applicação da lei pessoal, mostrou que, sem essa regra, os tri-

savel transigir com os principios de conflictos seguidos por algum dos estados que pretendam entrar na *união* convencional de direito internacional privado, é inteiramente escusado e é perigoso recorrer á illogica, antijuridica e erronea theoria da devolução para obter esse resultado. Bastará que, ao lado da regra geral, pela qual se fixe a lei reguladora duma dada relação juridica, se resalvem as regras especiaes de conflictos seguidas pelos estados contractantes. A par com um principio geral, estatue-se uma excepção e ficará conseguido o resultado que se tenha em vista. Assim, no caso conhecido da convenção de 1902 sobre o direito de contrair casamento, podia muito bem a conferencia, com a regra geral da competencia da lei nacional dos esposos, ter admittido a competencia excepcional doutra lei preferida por algum dos estados contractantes, e obteria o mesmo resultado, que obteve, de conseguir que os estados que não seguem o principio da lei nacional, mas o da lei do domicilio ou da do lugar da celebração, considerarem validos os casamentos entre estrangeiros dum estado contractante de systema de lei nacional, ahi domiciliados ou de passagem, celebrados segundo as regras de capacidade da sua lei nacional, em *compensação* de nos estados de systema da lei nacional se considerarem validos os casamentos de subditos

---

bunaes allemães não applicariam a theoria da devolução e que, porisso, o principio da devolução não é um principio informador do regimen juridico internacional das relações privadas, mas só como principio excepcional pode existir nesse regimen, não sendo de esquecer que a lei allemã apenas admite a devolução para o direito germanico, o que acaba de tirar qualquer valor á invocação do seu preceito.

Por tudo que deixamos dicto, parece-nos que o despacho que acabamos de criticar, não obstante revelar um largo estudo da theoria da devolução, não traduz o espirito do direito portuguez a respeito de tão anarchica theoria.

seus ahí domiciliados ou de passagem, celebrados em harmonia com as regras de capacidade da lei do domicilio ou do logar da celebração. Com isso teria evitado o perigo de tão alto conselho diplomatico poder ser apontado, como já o tem sido, como havendo consagrado tão anarchica theoria. Embora o exemplo dado não tenha valor, os partidarios da devolução attribuem-lho, e isto basta para favorecer a conservação dum erro doutrinal só prejudicial para a pratica juridica dos povos modernos.

Em resumo, pois, no regimen do methodo individual, a remissão para uma lei estrangeira deve intender-se como referente ás suas disposições de direito interno e nesse sentido deviam formular expressamente os estados os seus preceitos de direito internacional privado, e no regimen do methodo internacional na sua phase *transaccional* deve organizar-se a *transacção* sem a apparencia e sem o nome de devolução.

## § VI

### Conflictos de qualificação<sup>1</sup>

SUMMARY: — 77. Modalidades dos conflictos de qualificação. a) Conflictos entre a *lex fori* e a lei dum terceiro estado. — 78. b) Conflictos entre duas leis estrangeiras. — 79. c) Conflictos de qualificação entre leis suppletivas.

77. Como dissemos acima, a theoria das qualificações, se não constitue um obstaculo serio á uniformização do direito internacional privado, veio contudo revelar uma nova ordem

---

<sup>1</sup> Vid. supra, pag. 65, nota 2.

de conflictos de leis, os *conflictos de qualificação*, que devemos analysar ao lado do que podemos chamar os *conflictos vulgares* e os *conflictos de devolução*.

O conflicto de qualificação pode revestir tres modalidades, segundo a divergencia 1.º se dá entre a *lex fori* e a lei dum estado estranho, 2.º se verifica entre duas leis estrangeiras, 3.º ou apparece a respeito de relações juridicas submettidas á autonomia da vontade das partes e que porisso devam ser reguladas pela lei que ellas tenham expressa ou presumptivamente escolhido.

1.º Na primeira hypothese, que é a mais simples e a mais frequente, tem o juiz de escolher entre a qualificação da *lex fori* e a da lei estrangeira. Por qual optar? BARTIN decide-se pela da *lex fori*, pela razão de que o legislador, admittindo a applicação duma determinada lei para regular certas relações juridicas, fixa a resolução dos conflictos de leis que julga conveniente em harmonia com a qualificação por elle dada ás relações juridicas, e porisso quer que prevaleça essa qualificação, aliás seria usurpada a sua soberania e lesada a sua independencia. Se, por exemplo, o legislador manda regular o estado e a capacidade dos estrangeiros pela sua lei nacional, refere-se apenas ás questões que, segundo o seu modo de ver, entram na qualificação juridica des relações de estado e de capacidade, e porisso não poderia, sem usurpação da sua independencia legislativa, ampliar-se a lei estrangeira além dessas questões.

Semelhante razão não tem, todavia, um valor decisivo. Se o legislador manda applicar uma lei estrangeira a uma relação juridica, quer naturalmente que aquella lei seja applicada emquanto organiza e regula esta relação, já que o que em primeiro logar elle procura determinar, ao regulamentar juridicamente uma relação ou uma instituição social, é a natureza ou a *qualificação* dessa relação ou instituição, e porisso, não respeitar essa qualificação, seria começar por não applicar á relação ou insti-

tuição respectiva a lei que em principio a *lex fori* declara applicavel.

A logica da admissão das leis estrangeiras exige, pois, que seja respeitada como principio geral a qualificação das relações juridicas feita pela lei estrangeira declarada competente pelos preceitos de direito internacional privado accetos pela *lex fori*. O mesmo BARTIN se inclina, embora involuntariamente, para esta solução, quando escreve que a *lex fori* não pode levar até ao capricho e á arbitrariedade a sua soberania na qualificação das relações juridicas, mas que lhe deve servir de limite a obrigação racional e moral de accetar as qualificações da lei estrangeira que são *correctas* sob o seu ponto de vista, isto é, que correspondem directamente, ou por analogia, áquellas que ella mesma consagra. Semelhante meio de *correção*, aliás problematico, pois os magistrados tenderiam a considerar *correctas* apenas as qualificações admittidas pela *lex fori*, mostra que no espirito de BARTIN actuava mais ou menos a ideia de respeitar as qualificações das leis estrangeiras.

Admittindo, com DESPAGNET, que os tribunaes devem optar em geral pela qualificação da lei estrangeira quando por esta deva ser resolvida a questão, em harmonia com os principios de direito internacional privado accetos pela *lex fori*, com o mesmo escriptor pensamos que aquelle principio geral deve ser limitado no sentido de os tribunaes preferirem a qualificação da *lex fori* quando a observancia da qualificação da lei estrangeira seja contraria aos principios da ordem publica territorial. A qualificação das relações juridicas não deve considerar-se em geral de ordem publica, pois que cada legislador a faz segundo o seu ponto de vista particular sem a pretensão de a impor aos legisladores estrangeiros, antes accetando a qualificação por estes adoptada como determinante da lei applicavel em caso de conflicto. Se, todavia, alguma vez a qualificação seguida pela lei estrangeira deslocar

por tal maneira uma relação jurídica que, acceptá-la, represente a violação duma lei de ordem publica, o tribunal opporá a essa qualificação o modificativo de todas as regras normaes de applicação das leis estrangeiras constituído pelos principios de interesse e ordem publica.

78. No conflicto de qualificação de duas leis estrangeiras entre as quaes o tribunal tenha de escolher, como se perante um tribunal portuguez se levanta a questão da validade dum testamento olographo feito por um hollandês na Hespanha, na hypothese de semelhante testamento representar um acto de capacidade para a lei hollandêsa e um acto de fórma para a lei hespanhola, BARTIN, coherentemente com a solução dada ao caso anterior, sustenta que o tribunal deve acceptar a qualificação que mais se approximar da da *lex fori*. A qualificação desta lei, obrigatoria no caso de conflicto entre ella e uma lei esttangeira, transforma-se em criterio de escolha no caso de conflicto entre duas leis estrangeiras, por ser a qualificação mais affim da da *lex fori* a que melhor traduz as vistas do legislador do país do tribunal ácerca da natureza das instituições jurídicas, e portanto a que mais de perto se conforma com o seu conceito sobre a applicação das leis estrangeiras. Não parece, porém, o mais seguro o caminho seguido pelo nosso auctor. Como na hypothese anterior, parece nos que a solução melhor será aquella que mais se harmonize com os principios de direito internacional privado consagrados pela *lex fori* e não a que mais se conforme com a qualificação desta lei. Num problema de direito internacional privado e numa *lucta* de qualificação a que o legislador do tribunal é estranho, será, em verdade, mais logica e mais justa a solução que mais se approxime dos preceitos daquelle direito formulados ou acceptos pelo legislador do tribunal, preceitos que são para o tribunal a verdadeira expressão do direito internacional privado, e portanto

governo hollandês, pelo seguinte motivo: «As questões de nullidade tinham sido implicitamente resolvidas com as disposições já votadas relativamente ao casamento. A conferencia determinara duma maneira precisa qual era a lei reguladora do direito de contrair casamento, e da forma da celebração. A lei competente para fixar as condições de validade do casamento e as formalidades a observar para a celebração, é também competente para tirar as consequências da infracção das suas prescripções. É ella que dicta a nullidade, se a ha, e que lhe indica os caracteres. Que pessoas poderão valer se da nullidade, e durante que tempo? A nullidade poderá sanar-se por virtude de certos factos? Eis seguramente questões muito importantes, mas de que a conferencia, a nosso ver, não devia occupar-se de novo. Resolveu-as antecipadamente em virtude desta regra bem simples — de que a sancção da lei não deve ser separada da mesma lei»<sup>1</sup>. Nota BUZZATI que esta declaração é verdadeira, se o artigo 1.º se refere sómente á capacidade das partes, deixando de o ser, se elle respeitasse também ás condições de validade do casamento.

Demais, é certo que a comissão de 1900 disse que a fórmula «direito de contrair casamento» abrangia o que respeita aos vícios do consentimento, mas semelhante afirmação não foi demonstrada nem acompanhada de qualquer argumentação, sendo feita accidentalmente e só para rejeitar a emenda belga, que, justamente, queria que o art. 1.º falasse da capacidade. Ninguém na terceira conferencia notou esta mudança radical, pois ninguém a discutiu, e porisso como pode crer-se que a conferencia tenha dado conta da gravidade daquella succinta afirmação e a tenha approvedo com a consciencia da mudança de significado que della resultava para o artigo 1.º?

---

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 81.

DIR., 19.<sup>th</sup> CAD.

Ainda: a conferencia de 1900 rejeitou a proposta da Hungria segundo a qual o artigo 1.º revestiria a fórmula — «A validade do matrimonio é regulada, pelo que respeita á idade requerida para a celebração do matrimonio e ao consentimento necessario dos paes ou dos tutores, pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges; pelo que respeita ás outras condições, pelas leis nacionaes de ambos os futuros conjuges» — suppondo que a proposta apenas respeitava ao caso dum padre austriaco que quisesse casar no estrangeiro, «por se não dever formular uma disposição que visasse um caso tão especial»<sup>1</sup>, não passando assim pela mente da conferencia que a proposta hungara comprehendesse os vicios do consentimento.

Accresce que, propondo a Hollanda em 1900 o seguinte artigo — «a acção de nullidade do casamento poderá ser intentada em todos os casos em que seja admittida ou pela lei do país do marido ou pela lei do país da mulher ao tempo do casamento . . .», a commissão regeitou a proposta pelas razões adduzidas pela commissão de 1894, a conferencia approvou o parecer da commissão, e portanto tambem apenas teve em vista a capacidade matrimonial.

Por fim, o artigo diz que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos *futuros* conjuges, e portanto respeita a um casamento ainda por contrair e ás condições em que os esposos devem encontrar-se para proceder á sua celebração, e não a um casamento já contraído e á sua validade. Foi a mesma commissão de 1900 que o disse ao regeitar a proposta hungara para, á fórmula do artigo, se substituir a fórmula «validade do casamento». Ora os vicios do consentimento só podem apreciar-se *ex post facto*, só operam depois que o consentimento foi prestado, e porisso se

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 169.

deve naturalmente entender que se não compreendem na fórmula «direito de contrair casamento».

Portanto, conclue BUZZATI, fosse qual fosse a intenção da conferencia, a uma disposição qualquer não se pode attribuir senão o sentido que ella effectivamente tem, e por direito de contrair casamento não se pode entender senão o direito subjectivo duma pessoa para contrair casamento e um determinado casamento; direito resultante do seu estado livre, da sua maioridade nupcial, do consentimento dos paes se são menores, etc., e, ao mesmo tempo, para um determinado caso, da inexistencia de certos vinculos de parentesco, de afinidade, de cumplicidade no adulterio, etc., com a outra parte. Não se pode crer que aquellas palavras compreendam os vicios do consentimento, porque estes respeitam a um outro requisito essencial da validade do negocio juridico, — porque duas pessoas podem ter perfeitamente o direito de contrair entre si casamento e todavia este ser nullo ou annullavel, se o consentimento tiver sido extorquido com violencia, dado por erro ou arrancado por dolo, — porque, emfim, não se pode dizer que Mevio não tenha o direito de casar com Claudia, se esta o enganar ácerca das qualidades phisicas da sua pessoa, pois, se tudo se pode dizer, não acontece assim num tratado scientifico do direito e muito menos numa disposição de direito positivo <sup>1</sup>.

Discordamos da opinião de BUZZATI, abrangendo, em nosso entender, o artigo 1.º da convenção tanto o que respeita á capacidade matrimonial como o que se refere aos vicios do consentimento. Eis os fundamentos da nossa opinião.

1.º) É verdade que a commissão de 1893 se preoccupou principalmente, segundo mostra o seu relatorio, com a capacidade

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag. 93.

matrimonial e falou por vezes em «condições requeridas para a validade do casamento» referindo-se por certo simplesmente ás condições que constituem a capacidade matrimonial, e é verdade ainda que o relator da comissão, RENAULT, disse no seio da conferencia que o espirito do artigo 1.º era estabelecer que todos os impedimentos oppostos a um casamento pela lei nacional devem ser respeitados no estrangeiro. Comtudo, porque no pensamento do governo hollandês estava a determinação do regimen juridico internacjonal de todas as condições de validade do casamento, porque a prestação do consentimento pelos esposos e a regularidade dessa prestação são certamente condições de validade do casamento, porque a comissão tambem falou alguma vez em «condições» num sentido que parece generico, como nesta passagem — «Quando se diz que a lei nacional é competente para regular o direito de contrair casamento, faz-se referencia ás disposições desta lei sobre diversas *condições exigidas*», porque a comissão nunca declarou que não queria referir-se aos vicios do consentimento, porque a preocupação da comissão com a capacidade matrimonial se explica pela circumstancia de ser a capacidade aquella das condições de validade do casamento que mais tem chamado a attenção dos internacionalistas, e porque o relator da comissão de 1900 era ainda o mesmo RENAULT que em 1893 fizera a já conhecida declaração, o que parece indicar que a sua referencia aos impedimentos do casamento não excluia da competencia da lei nacional a regulamentação dos vicios do consentimento, é legitimo duvidar de que a comissão e a conferencia quisessem excluir da competencia da lei nacional a materia dos vicios do consentimento. Não se referiram ao assumpto. Eis tudo.

2.º) A passagem do relatorio da comissão de 1894, invocada por BUZZATI para provar que as duas primeiras conferencias não incluíam na fórmula «direito de contrair casamento» os vicios de consentimento, prova, em nossa opinião, exactamente

o contrario. A commissão declarou que se não occupara da nullidade do casamento porque as questões de nullidade estavam implicitamente resolvidas pelas disposições votadas sobre o direito de contrair casamento e sobre a fórma da celebração, pois que a lei competente para fixar as condições de validade do casamento é egualmente competente para definir as nullidades resultantes da sua infracção. Ora, porque a nullidade dum casamento pode resultar duma de tres causas 1.º) ou de se não observarem os requisitos essenciaes dos contractos e, portanto, de o consentimento ser dado por erro, dolo ou coacção, que são os vicios do consentimento, 2.º) ou de se não terem observado as prescripções relativas aos impedimentos derivados, 3.º) ou de se não observarem as formalidades necessarias para a sua celebração <sup>1</sup>, e porque a conferencia só havia votado disposições sobre o direito de contrair casamento e sobre a fórma deste, parece evidente que a theoria dos vicios do consentimento, que não pode entrar nas prescripções relativas á fórma do casamento, entra, no pensamento da commissão de 1894, na fórmula — direito de contrair casamento.

3.º) Se a commissão de 1900 não demonstrou a sua affirmação de que a fórmula do artigo 1.º abrangia os vicios do consentimento foi certamente porque ninguem contestou a exactidão da mesma affirmação. Nem podemos admittir que a commissão fizesse tão importante affirmação de animo leve ou que tal affirmação passasse despercebida á conferencia, pois, pelo menos, os delegados belgas deviam defender a proposta feita por parte do seu país se não concordassem com a resposta da commissão, resposta de que não podiam deixar de ter conhecimento, pois estava num documento que foi a base da discussão.

---

<sup>1</sup> Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA, *Impedimentos do casamento no direito portuguez*, pagg. 197 e segg.

Portanto, a única conclusão a tirar é que a conferencia, se não discutiu a afirmação da commissão, foi porque concordou com ella.

4.º) A rejeição pela conferencia de 1900 da proposta húngara de substituição do artigo 1.º parece-nos indifferente para a intelligencia deste artigo. Embora a conferencia, ao rejeitar essa proposta, só tivesse em mente a capacidade matrimonial, isso não significa que a mesma conferencia não quisesse abranger no artigo os vicios do consentimento.

5.º) A rejeição pela conferencia de 1900 da proposta da Hollanda quanto á acção de nullidade do casamento é favoravel á nossa interpretação. A commissão de 1900 reproduziu a razão da commissão de 1894, e porisso deverá concluir-se que no seu pensamento o artigo 1.º abrange os vicios do consentimento.

6.º) Embora o artigo falle no direito de contrair casamento dos *futuros* conjuges, e os vicios do consentimento só possam apreciar se depois da celebração do casamento, não vemos nisso razão sufficiente para justificar a doutrina de BUZZATI. Em primeiro logar, se a commissão de 1900 disse que na fórmula se abrangiam os vicios do consentimento, foi naturalmente porque não deu á fórmula a significação que lhe attribue BUZZATI. Depois, embora os vicios do consentimento só se apreciem depois do casamento, já actuam no agente antes do casamento e affectam o consentimento quando este é prestado para a realização do acto. Portanto os vicios já existem e têm que apreciar-se em relação a um tempo em que ainda não ha conjuges, mas futuros conjuges. Portanto não ha tamanha falta de rigor de linguagem como se antolha a BUZZATI. Por fim, a fórmula pode muito bem significar o conjuncto de condições que dependem do individuo para a validade do seu casamento e entre essas condições entra necessariamente o seu consentimento isento de vicio ou de violencia. E este significado parece

ter-lhe já dado a commissão de 1893 quando declarou que, ao dizer que a lei nacional era competente para regular o direito de contrair casamento, se referia ás disposições desta lei sobre as diversas condições exigidas.

7.º) As leis relativas aos vícios do consentimento são leis de protecção individual, entram naturalmente no dominio da lei pessoal e porisso, desde que a letra do artigo não exclue os vícios do consentimento, e antes a historia do mesmo artigo indica que a commissão que definitivamente o redigiu e a conferencia que definitivamente o approvou revelaram o pensamento de ahí os incluir, é justo que á convenção seja dada a interpretação que defendemos.

8.º) A conclusão de BUZZATI não é legitima, quando o auctor affirma que, qualquer que tinha sido a intenção da conferencia, a uma disposição não se pode attribuir senão o sentido que ella effectivamente tem, e que, conseguintemente, por direito de contrair casamento se não pode intender senão o direito subjectivo duma pessoa para cantrair casamento e um determinado casamento. Ás palavras da convenção deve dar-se o significado que a conferencia lhe quis attribuir e não aquelle que nós julgarmos mais proprio. E, portanto, desde que temos elementos para verificar que a conferencia quis abranger na fórmula «direito de contrair casamento» os vícios do consentimento, é nesse sentido que devemos intender as palavras da lei. Não é inutilmente que na theoria da interpretação das leis apparece o reconhecimento do elemento historico. E tanto assim, que BUZZATI lança mão desse elemento para defender a sua interpretação.

9.º) É certo que foi infeliz a fórmula por que a commissão rejeitou a proposta hungara para, em vez de direito de contrair casamento, se dizer «validade do casamento», mas semelhante lapso não é certamente sufficiente para invalidar a declaração formal da commissão de que a fórmula «direito de

contrair casamento» abrange os vícios do consentimento e para destruir as razões que conduzem a intender aquella fórmula num sentido latitudinario.

Julgamos assim legitima a conclusão de que na fórmula «direito de contrair casamento» entra as theorias dos vícios do consentimento e de que a fórmula abrange não só a capacidade matrimonial, mas ainda as demais condições de validade do casamento.

90. Segundo o relator da comissão de 1893, o artigo 1.º da convenção tem por fim sujeitar á lei nacional de cada um dos esposos a determinação dos impedimentos que se oppõem ao seu casamento, e, segundo o relatório da comissão de 1900, ainda pela lei nacional se devem apreciar os vícios do consentimento.

Deste modo, é a lei nacional competente *a*) para regular a *capacidade matrimonial*, isto é, para determinar se ha impedimentos matrimoniaes e qual o seu valor, *b*) e para regular quaes os *vícios* que podem affectar o consentimento e determinar as consequencias juridicas da existencia de taes vícios.

*a*) Todas as legislações reconhecem, dum modo geral, a faculdade de contrair casamento, mas todas estabelecem tambem limitações a essa faculdade, prohibindo a certos individuos matrimoniarem-se ou absolutamente ou com determinadas pessoas, e sancionando a prohibição ou com a nullidade do casamento ou com o estabelecimento de certas penas para os conjuges quando o casamento fôr celebrado contra os preceitos legais.

As prohibições que a lei oppõe ao casamento denominam-se *impedimentos matrimoniaes*. Os impedimentos são:

*a*) *absolutos*, quando a lei prohibe o casamento com qualquer pessoa, como acontece com a prohibição de casar antes de attingir a uma determinada idade (cod. civ., art. 1073.º, n.º 4);

b) *relativos*, quando a lei proíbe o casamento com certas pessoas, como é a proibição do casamento entre certos parentes (cod. civ., art. cit., n.ºs 1, 2 e 3);

c) *dirimentes*, os que se oppõem á celebração do casamento e o annullam quando celebrado apesar da sua existencia, como se dá nos países monogamicos com a realização dùm segundo casamento antes da dissolução do primeiro (cod. civ., artt. 1073.º, n.º 5, e 1074.º);

d) *impedientes*, os que obstam ao casamento, mas não produzem a sua nullidade quando celebrado, como se verifica quanto ao casamento de menores puberes sem o consentimento dos paes, avós ou conselho de familia (cod. civ., artt. 1058.º, n.º 1, 1059.º, 1061.º e 1062.º).

Podem, ássim, os impedimentos classificar-se em absolutos e relativos, e em dirimentes e impedientes, segundo a extensão da prohibição ou segundo a sancção da mesma prohibição.

É evidente o alcance da classificação dos impedimentos em dirimentes e impedientes, pelo facto de resultar da existencia dos primeiros a nullidade do casamento, e da existencia dos segundos resultarem simples penas para os contraentes<sup>1</sup>.

Mas, se as legislações são accordes em reconhecer impedimentos matrimoniaes, são muito divergentes na determinação tanto dos impedimentos que adoptam como do valor que lhes attribuem, e dahi a frequencia dos conflictos de leis e a necessidade de fixar principios ácerca da lei reguladora dos impedimentos ou seja da capacidade matrimonial.

A convenção adoptou o principio geral de que é a lei nacional de cada um dos futuros conjuges que regula a sua capacidade matrimonial. Pela lei nacional se deve determinar, pois, se ha ou não ha impedimento para o casamento e qual o valor de tal impedimento.

<sup>1</sup> Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pagg. 35 e segg.

Para bem medirmos o alcance desta regra, faremos a synthese comparativa das legislações dos estados signatarios da convenção relativamente aos impedimentos de idade e parentesco.

1.º EDADE. a) *Puberdade legal*. Todos os estados fixam, como é natural, um minimo de idade antes do qual o individuo não pode casar-se, mas divergem muito na fixação desse minimo. Assim: a Hespanha e Portugal <sup>1</sup> fixam-no aos 14 annos para o homem e aos 12 para a mulher; a Austria <sup>2</sup>, aos 14 para os dois sexos; a Belgica, França, Italia Luxemburgo e Rumania <sup>3</sup>, aos 18 e 15; a Hollanda e Hungria, aos 18 e 16; a Suissa, aos 20 e 18; a Allemanha, aos 21 e 16; a Suecia, aos 21 e 17 (mas para os originarios da Laponia, aos 17 e 15) <sup>4</sup>.

Em alguns dos estados signatarios pode haver, porém, redução do minimo da idade. Assim: em Portugal e Hespanha, porque estes dois países reconhecem o casamento catholico e determinam que este casamento só produzirá effeitos civis sendo celebrado em conformidade com as leis canonicas (cod. civ. port., artt. 1057.º e 1069.º a 1071.º; cod. civ. hesp., artt. 42.º e 75.º a 82.º), o minimo de idade no casamento catholico pode ser inferior a 14 ou 12 annos, *si malitia suppleat actalem*, isto é, havendo aptidão physica e moral para contrair casamento, podendo ser concedida dispensa pela competente auctoridade ecclesiastica <sup>5</sup>; na Hungria, o ministerio da justiça

<sup>1</sup> Cod. civ. hesp., art. 83.º, n.º 1, e cod. civ. port., art. 1073, n.º 3.

<sup>2</sup> Cod. civ., artt. 21.º e 48.º

<sup>3</sup> Codd. civv. fr., art. 144.º, it., art. 55.º, rum., art. 127.º. Na Belgica e no Luxemburgo vigora o cod. francês. Conf. ROGUIN, *Traité de droit civil comparé, Le mariage*, pag. 48, e BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 60.

<sup>4</sup> Cod. civ. hol., art. 86.º; lei hung. xxxi, 1994, artt. 7.º e 127.º; codd. civv. suis., art. 96.º, e al., art. 1303.º Conf. BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 61; *Actes III*, pag. 36.

<sup>5</sup> Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pag. 165.

pode reduzi-la aos 12 sem distincção de sexos; na Italia, o chefe de estado pode conceder, por motivos graves, dispensa até aos 14 annos para o homem e até aos 12 para a mulher, na Suissa, o governo cantonal pode reduzir a idade até 18 e 17, se os paes ou o tutor o consentirem; na Allemanha, pode contrair casamento o homem com mais de 18 annos, declarado maior pelo tribunal das tutelas, e a mulher pode obter dispensa que reduza o minimo de idade legal; na Belgica, França, Hollanda, Luxemburgo, Suecia e Rumania, pode o chefe de estado conceder dispensa, não determinando a lei limite minimo <sup>1</sup>.

β) *Maioridade nupcial*. Embora tenha attingido a puberdade legal, não adquire o individuo, em geral, desde logo a faculdade de casar contra a vontade dos paes ou de quem os represente. A maior parte das legislações exigem, além da puberdade legal, a maioridade nupcial, que ora coincide ora é superior á maioridade exigida para o exercicio da generalidade dos direitos civis. Assim: a mulher precisa de consentimento na Suissa até aos 20 annos, e na Allemanha e Suecia até aos 21; e tanto a mulher como o marido precisam de consentimento, no Luxemburgo e em Portugal, até aos 21, na Hespanha e na Hollanda até aos 23, na Austria e na Hungria até aos 24, e na Belgica, França, Italia e Rumania, a mulher até aos 21 e o homem até aos 25 <sup>2</sup>.

Coherentemente com estas disposições, ha nas legislações

---

<sup>1</sup> Codd. civv. all., art. 3.º, bel., fr., lex., artt. 145.º, hol., art. 86.º, lei hung., art. 81.º, cod. civ. rum., art. 128.º Quanto á Suecia, *Acte III*, pag. 36.

<sup>2</sup> Codd. civv. all., art. 1304.º e 1305.º, aust., art. 21.º e 49.º, fr. belg. e lux., artt. 148.º a 150.º, hesp. art. 45.º, hol., art. 385.º, it., artt. 63.º a 66.º, port., art. 311.º e 1058.º, n.º 1, rum., artt. 131.º a 133.º, suis., art. 96.º Quanto á Suecia, *Attes III*, pag. 36. Conf. ROGUIN, *ob. cit.*, pag. 51, e BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 61.

preceitos complementares para a hypothese de discordancia entre os paes, de estes não existirem ou não poderem prestar o seu consentimento ou de se tratar de filhos illegitimos (cod. civ. port., art. 1061.º). No caso de recusa do consentimento, algumas legislações (as da Austria, Hungria, Italia e Suecia) admittem recurso para os tribunaes de justiça, outras (as da Allemanha e Hollanda) só admittem recurso da recusa do consentimento pelos tutores, e outras (as da França, Belgica, Hespanha, Luxemburgo, Portugal, Rumania e Suissa) não admittem recurso algum <sup>1</sup>.

γ) *Actos respeitosos*. Ainda depois de chegarem á maioridade nupcial, alguns dos estados signatarios exigem que os filhos, embora possam casar sem consentimento dos paes, lhes peçam o seu consentimento, obrigando-os aos chamados *actos respeitosos*. Assim: a França, a Hespanha e a Rumania exigem os actos respeitosos qualquer que seja a idade dos filhos; a Hollanda até aos 30 annos; e o Luxemburgo até aos 25. O effeito da recusa do consentimento pedido como acto de respeito é, em geral, apenas de demorar o casamento durante certo prazo. No Luxemburgo, porém, a recusa do consentimento confirmada pelo juiz impede o casamento até ao limite de idade em que acaba a obrigação de praticar os actos respeitosos <sup>2</sup>.

2.º) PARENTESCO. Todos os estados signatarios da convenção estabelecem o impedimento de parentesco, mas egualmente divergem quando determinam a extensão e effeito desse impedimento. É o que se verifica examinando as legislações daquelles estados relativamente ás differentes fórmulas de parentesco.

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 62.

<sup>2</sup> Lei belga de 16 de agosto de 1887; cod. civ. fr. art. 151.º e lei fr. de 20 de junho de 1896, art. 2.º; codd. civ. hesp., artt. 47.º e 48.º, hol., artt. 99.º a 104.º; lux., artt. 151.º a 158.º; rum., artt. 134.º a 140.º. Conf. BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 62.

a) *Parentesco por consanguinidade na linha recta.* Esta forma de parentesco é impedimento dirimente do casamento em todas as legislações, quer se tracte de parentesco legitimo quer de parentesco illegitimo e seja qual for o grau de parentesco <sup>1</sup>.

β) *Parentesco por consanguinidade na linha collateral.* Todas as legislações são accordes em prohibir o casamento entre irmãos, ou seja entre parentes no segundo grau por direito civil, ou o parentesco seja legitimo ou seja illegitimo <sup>2</sup>.

As divergencias começam logo relativamente ao casamento entre parentes em terceiro grau, isto é, entre tio e sobrinha ou entre tia e sobrinho. Assim, emquanto na Austria, na Suecia, e na Suissa, o casamento é prohibido sem a possibilidade de dispensa, e na Allemanha é permittido mesmo sem dispensa, nos outros estados é prohibido com possibilidade de dispensa <sup>3</sup>.

E a discordancia continua quanto aos collateraes em quarto grau. Em verdade, emquanto a maior parte das legislações não estabelece impedimento ao casamento entre segundo tio e segunda sobrinha ou entre segunda tia e segundo sobrinho, nem impedimento ao casamento entre filhos de irmãos, as legislações hollandesa, hespanhola (só tratando-se de parentes legitimos), rumena e sueca formulam o primeiro impedimento

---

<sup>1</sup> Codd. civv., all., art. 1310.º, aust., art. 65.º, belg., fr. e lux., art. 161.º, hesp., art. 84.º, hol., art. 87.º, it., art. 53.º, port., art. 1073.º, n.º 1, rum., art. 143.º, e suis., art. 100; lei hung., art. 11.º Quanto á Suecia, vide *Actes III*, pag. 36.

<sup>2</sup> Codd. civv., al., aust., hesp., hol., e suis., e lei hung., nas disposições citadas na nota anterior; codd. civv., belg., fr. e lux., art. 162, it., art. 59.º, rum., art. 144.º Quanto á Suecia, *Actes III*, log. cit.

<sup>3</sup> Codd. civv., al., art. 1310.º, aust., art. 65.º, belg., fr. e lux., artt. 163.º e 164.º, hesp., art. 84.º, n.º 2 e 4, hol., art. 88.º, lei hung., art. 11.º, codd. civv., it., artt. 59.º e 68.º, port., art. 1073.º, n.º 3 e § unico, rum., artt. 141.º e 150.º, suis., art. 100.º n.º 1. Quanto á Suecia, *Actes III*, log. cit.

(com dispensa, excepto pela legislação sueca), e reconhecem o segundo (com dispensa) a Austria, a Hespanha (tambem só entre parentes legitimados) e a Rumania <sup>1</sup>.

γ) *Affinidade na linha recta*. São unanimes as legislações em prohibir o casamento entre affins na linha recta <sup>2</sup>.

δ) *Affinidade na linha collateral*. Aqui já ha divergencia, tanto relativamente ao casamento entre cunhados como entre outros affins. O casamento entre cunhados é permittido sem dispensa na Allemanha, Hungria, Portugal, Suissa e Suecia; é prohibido com dispensa na Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Italia e Luxemburgo; e é prohibido na Austria sem dispensa. O casamento entre os demais affins é permittido por todos os estados, menos pela Austria, que o prohibe até ao quarto grau sem dispensa, e na Hespanha e Rumania, que o prohibem até ao mesmo grau, mas com dispensa <sup>3</sup>.

ε) *Parentesco provindo de adopção*. Os estados signatarios, á excepção da Hollanda, Portugal e Suecia, reconhecem a adopção, e dahi deriva uma nova fórma do impedimento de parentesco, menos na Austria, onde o vinculo resultante da adopção não constitue impedimento matrimonial. Nos estados onde existe, o impedimento varia muito de extensão e alcance. Assim: na Allemanha, é prohibido o casamento entre o adoptante e o adoptado e seus descendentes, dissolvendo-se o vinculo estabelecido pela adopção, se for celebrado o casamento

<sup>1</sup> Codd. civv., aust., art. 65.º, hesp., artt. 84.º e 85.º, hol., art. 88.º, rum., artt. 144.º e 150.º Quanto á Suecia, *Actes III*, log. cit. A jurisprudencia italiana considera prohibido o casamento entre segundos tios e segundos sobrinhos. Na jurisprudencia franceza é ponto controvertido (BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 80 e 81).

<sup>2</sup> Vid. supra, pag. 353, nota 1, cod. civ. aust., art. 66.

<sup>3</sup> Codd. civv., aust., art. 66.º, belg., fr. e lux., art. 162.º, hol., art. 88.º, hesp., art. 84.º, rum., art. 144.º

contra aquella prohibição; na Belgica, França, Italia e Luxemburgo, o casamento é prohibido entre o adoptante e o adoptado e seus descendentes, entre os filhos adoptivos da mesma pessoa, entre o adoptado e os filhos supervenientes do adoptante, entre o adoptado e o conjuge do adoptante, e entre o adoptante e o conjuge do adoptado; na Hespanha, não podem casar os paes adoptivos com o filho adoptado, nem o adoptante com o conjuge viuvo do adoptado, nem os descendentes legitimos do adoptante com o adoptado enquanto subsistir a adopção, podendo contudo estes ultimos obter dispensa; na Hungria, enquanto dura o vinculo de adopção, ha a) impedimento entre o adoptante e o adoptado e o ex-conjuge deste ultimo, entre o adoptado e o ex-conjuge do adoptante b) e entre o adoptante e o descendente do adoptado ou o seu conjuge, e entre o descendente do adoptado e o ex-conjuge do adoptante, podendo obter-se dispensa no caso b); na Italia, entre o adoptante e o adoptado e seus descendentes, entre os filhos adoptivos da mesma pessoa, entre o adoptado e os filhos supervenientes do adoptante, entre o adoptado e o conjuge do adoptante, e entre o adoptante e o conjuge do adoptado; na Rumania é prohibido o casamento entre o adoptante e a filha adoptiva, a filha desta e a mulher do filho adoptivo, e entre o filho adoptivo e a ex-mulher, filha, mãe, irmã da mãe ou do pae, do pae adoptivo; na Suissa, ha impedimento entre o adoptante e o adoptado, assim como entre os dois e o conjuge do outro <sup>1</sup>.

ζ) *Parentesco espiritual*. Das legislações dos estados signatarios, admite a rumena, á imitação do direito canonico, a

---

<sup>1</sup> Codd. civv., all., art. 131.º, belg., fr. e lux., art. 348.º, it., art. 60.º, hesp., art. 84.º, lei hung., art. 18.º, codd. civv., rum., art. 146.º, e suis., art. 100.º

*cognatio spiritualis*, prohibindo o casamento entre padrinho e afilhada e entre madrinha e afilhado <sup>1</sup>.

Este estudo summario das legislações dos estados contratantes sobre os impedimentos de idade e de parentesco revela a importancia da regra contida no artigo 1.º — de que a capacidade matrimonial é regulada pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges. Esta lei determina a theoria dos impedimentos na sua extensão e no seu alcance e por ella se verifica quando é que o individuo é apto tanto para, em geral, contrair casamento, como para o contrair com uma determinada pessoa.

Tambem esse estudo nos mostra que, por vezes, os impedimentos podem ser dispensades e porisso importa verificar qual a auctoridade competente para conceder a dispensa, se a do país de origem dos esposos, se a do país da celebração do casamento.

No artigo 6.º do *Regulamento internacional dos conflictos de leis em materia de casamento e de divorcio*, formulou o Instituto de direito internacional esta doutrina: «As auctoridades do país em que o casamento é celebrado poderão conceder dispensa dos impedimentos resultantes de parentesco ou de afinidade entre os futuros conjuges ou da falta de consentimento de seus paes ou tutores, nos casos e na medida em que esta faculdade pertenceria, em virtude da lei nacional dos futuros conjuges, ás auctoridades das suas patrias respectivas» <sup>2</sup>.

A commissão de 1893, apreciando a doutrina do Instituto, declarou: «Se no país de origem, o casamento do tio com a sobrinha devesse ser auctorizado, como na Belgica, seria ne-

<sup>1</sup> Cod. civ. rum., art. 146.º

<sup>2</sup> *Annuaire de l'Institut, Tableau générale*, pag. 41.

cessario e bastaria que o tio e a sobrinha produzissem perante a auctoridade francesa dispensas concedidas pela auctoridade belga. A commissão não julga dever recommendar a regra admittida pelo *Instituto de direito internacional*. . . Pareceu á commissão que se dava assim á auctoridade do logar da celebração uma attribuição que, por um lado, era contraria ao principio admittido e, por outro lado, seria difficilmente exercida por esta auctoridade. A disposição que admite a dispensa e indica a auctoridade competente e as fórmãs a seguir, está intimamente ligada á disposição que estabelece o impedimento. A lei nacional deve ser, pois, exactamente seguida tanto no que respeita á dispensa como no que se refere ao impedimento; um tio e uma sobrinha não podem, no estrangeiro ou na Belgica, casar-se validamente senão com dispensa concedida pela auctoridade belga. De mais, não é razoavel encarregar a auctoridade do logar da celebração de conceder dispensas, porque o seu ponto de vista pode ser totalmente differente do da auctoridade de origem. Ainda mesmo que o systema das dispensas exista nos dois países, como por exemplo na Belgica e na França, isto não envolve que as dispensas sejam concedidas nos dois países por identicos motivos. Além disso, num país que não admite o systema das dispensas, difficilmente se concebe que a auctoridade queira consentir em introduzi-lo para uma certa categoria de estrangeiros»<sup>1</sup>.

Nada em contrario foi dicto ou resolvido na conferencia de 1893 ou nas de 1894 e 1900, e porisso deve intender-se que só podem ser dispensados os impedimentos para que a lei nacional dos esposos admitta dispensa e que esta só pode ser concedida pelas auctoridades para isso competentes segundo a lei nacional.

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 47.

DIR., 19.<sup>a</sup> CAD.

E esta doutrina, além de resultar do artigo 1.º, que dá competência á lei nacional para regular os impedimentos matrimoniaes, resulta ainda do art. 4.º, alinea 1.ª, que determina que os estrangeiros devem provar, para se casar, que satisfazem ás condições necessarias segundo a sua lei nacional, donde se infere que devem provar que, na hypothese de haver pela lei nacional um impedimento que admitta dispensa, a dispensa foi concedida pela auctoridade competente segundo a mesma lei nacional.

Sendo assim, o casamento entre tio e sobrinha portuguezes só poderá ser celebrado em qualquer dos estados signatarios, obtendo-se dispensa (cod. civil, art. 1073.º, n.º 3) e a dispensa só poderá ser concedida pelo ministerio da justiça portuguez (cod. cit., art. cit., § unico, dec. de 26 de dezembro de 1878, art. 4.º).

O systema adoptado pela convenção é uma consequencia logica do reconhecimento da competencia da lei nacional para regular as condições de validade intrinseca do casamento. Desde que é a lei nacional que determina os impedimentos do casamento, deve essa lei determinar tambem se algum dos impedimentos pode ser dispensado, as condições em que pode ser concedida a dispensa, a auctoridade competente para apreciar essas condições e, consequentemente, para conceder a dispensa <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Em Portugal e Hespanha o casamento catholico é regulado, como dissemos, pelas lês da Igreja. Portanto pelas leis da Igreja se hão determinar os impedimentos, e as dispensas destes hão de ser concedidas pelas competentes auctoridades ecclessasticas. Se porisso um portuguez ou um hespanhol quiser e puder casar catholicamente em país estrangeiro, as condições de validade intrinseca do casamento serão determinadas pelo direito canonico recebido em Portugal ou em Hespanha e as dispensas necessarias serão concedidas pela auctoridade ecclesiastica.

91. O consentimento dos esposos é uma condição de validade intrinseca do casamento segundo todas as legislações dos estados signatarios da convenção. Umás legislações exigem expressamente esse consentimento, como acontece na Belgica, França, Hollanda, Luxemburgo e Rumania; outras, como a portuguesa, mandam observar no casamento os requisitos essenciaes dos contractos, e portanto o mutuo consenso dos contraentes; outras, finalmente, suppõem o mesmo consentimento nas disposições relativas ao casamento, como acontece, por exemplo, com o codigo civil hespanhol, que declara nullo o casamento contraído por erro, por violencia, ou por um forte receio que vicie o consentimento (art. 101.º, n.º 2), e com o codigo civil suíço, que considera annullavel o casamento contraído por virtude de erro, dolo ou ameaça dum perigo grave e imminente para a vida, saúde ou honra dum dos conjuges ou de um dos seus parentes (artt. 124.º, 125.º e 126.º).

Comtudo, embora unanimes em exigir o consentimento dos esposos como condição de validade de casamento, são divergentes as mesmas legislações na determinação do valor dos vicios do consentimento — o erro, o dolo e a violencia.

1.º) *Erro*. Todas as legislações dos estados contractantes admittem que o erro ácerca da pessoa é motivo de nullidade do casamento. Enquanto porém as leis belga, francêsa, hespanhola, hollandêsa, italiana e luxemburgêsa se limitam a estabelecer uma regra geral e deixam livre a discussão do seu alcance, as restantes precisam as condições em que se dá a nullidade. Assim: a Allemanha permite que a annullação do matrimonio possa ser requerida pelo conjuge que, no momento da celebração, commetter erro sobre a pessoa do outro conjuge ou sobre as suas qualidades pessoaes de natureza tal, que não teria contraído casamento se tivesse conhecimento do estado das coisas e apreciado convenientemente o matrimonio que contraía; a Austria, ao mesmo tempo que determina que o

erro só annulla o casamento quando recae sobre a pessoa do futuro conjuge, estabelece 1.º) que todos os demais erros dos conjuges como as suas frustradas esperanças sobre as condições suppostas ou mesmo pactuadas não obstam á validade do contracto de matrimonio, 2.º) e que, se o marido encontra a mulher gravida de outro, pode pedir a annullação do casamento; a Hungria determina que o casamento pode ser impugnado por causa de erro — 1.º) se uma das partes não pretendia casar-se e ignorava que, com a declaração que fazia, contraía casamento, — 2.º) se tiver commettido erro sobre a identidade da outra parte, — 3.º) se, no momento da celebração, fosse definitivamente incapaz de cumprir o dever conjugal e a outra parte o ignorasse e não pudesse pelas circumstancias presumi-lo, — 4.º) se tiver sido condemnada a 5 annos de trabalhos forçados ou de reclusão e a outra parte o ignorasse, sempre que neste ultimo caso houver razões serias para presumir que, sabendo-o, não teria casado, — 5.º) se a mulher, ao tempo do casamento, estava gravida de outro, sem que o marido o soubesse, — 6.º) se o conjuge declarado morto reaparecer depois da celebração do novo matrimonio e se os novos conjuges ignorassem que ainda era vivo; em Portugal, em face do art. 1072.º do codigo civil, que manda observar no casamento os requisitos *essenciaes* dos contractos, deve intender-se que produz nullidade o erro ácerca da identidade da pessoa dum dos conjuges<sup>1</sup>; a Rumania exige que o erro recaia sobre a pessoa physica; na Suecia, a lei prevê o erro sobre as qualidades da pessoa e a jurisprudencia amplia-se á sua identidade; na Suissa, finalmente, annulla o casamento o erro sobre a identidade da pessoa ou sobre as suas qualidades tão essenciaes que a sua falta torne insupportavel a vida em *commum*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, anno 36, n.º 1593, pag. 530.

<sup>2</sup> Cod. civ. al., art. 1333.º, aut., artt. 57, 58 e 59, belg. fr. lux., art. 180.º,

2.º) *Dolo*. A legislação austriaca, belga, francesa, hespanhola, hollandêsa, italiana, luxemburguêsa e rumana não se referem ao dolo como vicio do consentimento no casamento. Comtudo, como nota BUZZATI, apparece muitas vezes nestas legislações o dolo connexo com o erro, e, porisso, ainda nessas legislações o dolo deverá ser considerado como vicio do consentimento quando represente uma causa de erro sufficiente para annullar o casamento. Algumas legislações fazem todavia expressa referencia ao dolo, como acantece: na Allemanha, onde annulla o casamento o engano fraudulento sobre circumstancias (com excepção das circumstancias de natureza patrimonial) que, quando conhecidas, teriam impedido o casamento; na Hungria, onde produz nullidade o engano de que seja conhecedor ou culpado um dos esposos para com o outro ácerca das qualidades essenciaes da sua pessoa; em Portugal, onde o dolo produz nullidade quando induza em erro, ácerca da pessoa, capaz de annullar o casamento; na Suecia, onde se verifica a nullidade do casamento quando, sendo um dos esposos physicamente incapaz para o matrimonio ou soffrendo doença contagiosa e incuravel, dissimula taes factos e induz fraudulentamente o outro a contrair casamento com elle; e na Suissa, onde o casamento pode ser annullado quando um dos esposos tenha sido induzido em erro decisivo sobre a honorabilidade do seu conjuge ou quando lhe tenha sido occultada uma doença gravemente perigosa para si ou para a sua descendencia <sup>1</sup>

3.º) *Violencia*. Todas as legislações dos estados signatarios consideram a violencia como um vicio do consentimento no

---

hesp., art. 101.º, hol., art. 142.º, lei hung., art. 54, cod. rum., art. 162., suis., art. 124.º Quanto ao direito sueco, vide LEHR, *Dr. Scandinave*, n.º 626.

<sup>2</sup> Cod. civ. al., art. 1334.º, lei hung., art. 75, cod. civ. port., artt. 663.º e 1072.º, e suis., art. 125.º Vid. LEHR, *ob. cit.*, n.º 626.

casamento. A legislação belga, francêsa, hollandêsa, italiana, luxemburguêsa e rumena exigem que, para haver casamento, haja consentimento *livre*, e porisso reconhecem na violencia um vicio do consentimento. As outras legislações referem-se á violencia de modo especial, considerando o consentimento viciado se prestado: na Allemanha, por ameaças illegaes; na Austria, por fundado receio; na Hespanha, por força ou receio grave; na Hungria, por ameaça; em Portugal, por coacção; na Suecia, por violencia exercida indevidamente; e na Suissa, por ameaça dum perigo grave e imminente para vida, saúde ou honra dum dos esposos ou dum de seus parentes <sup>1</sup>

É, comtudo, de notar que, se em principio as legislações consideram a violencia um vicio do consentimento, divergem não só quando caracterizam a violencia, o que se vê das legislações citadas, mas ainda quando determinam os prazos dentro dos quaes pode ser pedida a annullação do casamento. E assim é que, por exemplo, em Portugal a acção de rescisão prescreve passado um anno contado desde o dia em que tenha cessado a coacção (cod. civ. art. 690.<sup>o</sup>), e na Italia prescreve havendo cohabitação continuada durante um mês depois que o esposo coacto readquiriu a sua plena liberdade (cod. civ., art. 106.<sup>o</sup>).

Existindo assim divergencias das legislações no que respeita á determinação da regularidade do consentimento no casamento, serão frequentes e importantes os conflictos nesta materia. A convenção resolve-os mandando applicar a lei nacional de cada um dos esposos e portanto por essa lei se determinará em que

---

<sup>1</sup> Cod. civ. al., art. 1335.<sup>o</sup>, art. 55 e 56, belg. fr. lux., art. 180.<sup>o</sup>, hesp., art. 101.<sup>o</sup>, hol., artt. 122.<sup>o</sup> e 1357.<sup>o</sup>, lei hung., art. 53, cod. civ., port., artt. 666.<sup>o</sup> e 1072.<sup>o</sup>, rum., art. 162.<sup>o</sup> e suiss., art. 126.<sup>o</sup> Sobre o direito succo, LEHR, *ob. cit.*, pag. 299.

termos o erro, o dolo e a violencia podem produzir nullidade, quem pode pedir a annullação do casamento por esses motivos e dentro de que prazo pode ser intentada a competente acção.

E por aqui se vê a importancia da questão acima ventilada e que resolvemos contrariamente á opinião de BVZZATI. Pela doutrina que seguimos, a theoria dos vicios do consentimento é regulada pela lei nacional e os respectivos conflictos são resolvidos pela convenção, ao passo que na doutrina daquelle auctor taes conflictos ficam sem resolução.

92. Sendo o direito de contrair casamento regulado pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges, importa determinar o verdadeiro alcance desta fórmula do art. 1.º da convenção — *Lei nacional de cada um dos futuros conjuges*.

A expressão *lei nacional* tem um significado definido: designa a lei do país de que o individuo é cidadão. É geralmente empregada pelos escriptores para designar a lei pessoal quando esta é constituída pela lei do país a que o individuo pertence, tem sido usada nesse sentido pelo Instituto de direito internacional, e, dentre as leis dos estados contractantes, foi sanccionada, antes da convenção, pelo codigo civil italiano (tit. prel., art. 9.º) e pela lei hungara de 1894 (art. 108)º, e, depois, pelo codigo civil suíço (Tit. final, art. 61.º, alinea 7 c).

Mas qual o verdadeiro significa da fórmula — lei nacional de cada um dos futuros conjuges? Significará que o direito de contrair casamento é regulado quanto a cada um dos conjuges pela lei nacional de ambos, ou significará que o direito de cada um é regulado exclusivamente pela lei do seu país?

Esta questão tem importancia, como é evidente, quando os esposos sejam de diferente nacionalidade.

E, embora a fórmula seja um tanto equívoca e possa, intendida litteralmente, auctorizar a interpretação de que o artigo 1.º prescreve a applicação cumulativa das leis nacionaes dos dois

esposos a cada um delles, a questão deve ser resolvida no sentido de que a fórmula significa que o direito de contrair casamento é regulado relativamente a cada conjuge exclusivamente pela lei do seu país. Esta doutrina resulta da historia do artigo e do pensamento que presidiu á sua redacção.

Como vimos, o artigo, na fórma em que o votou a conferencia de 1893, tinha uma segunda alinea, em que se dizia que, para o casamento poder celebrar-se, era necessario que os futuros conjuges se encontrassem nas condições previstas pela sua lei nacional *respectiva*. Esta passagem ainda se encontra no artigo votado pela conferencia de 1894, e, se desapareceu no projecto da commissão de 1900, foi porque a commissão o considerou como uma explicação inutil da primeira alinea do artigo. Portanto, pela historia do artigo, vê-se que o direito de contrair casamento é exclusivamente regulado quanto a cada um dos conjuges pela lei do seu país.

O pensamento que presidiu á redacção do artigo foi sujeitar cada um dos esposos á respectiva lei nacional para a determinação das condições de validade intrinseca do casamento. Mostram-no as tres seguintes passagens, duas do relatorio do commissão de 1893, e a outra do relatorio da commissão de 1900: «A commissão partiu da ideia de que, normalmente, o estado e capacidade duma pessoa eram regidos pela *sua lei nacional*»; «se o estado e capacidade duma pessoa devem racionalmente regidos por uma *lei unica* e por uma lei estavel, é sobretudo no que respeita ao casamento que esta regra encontra a sua applicação»; «cada um dos futuros deve ser capaz segundo a sua lei nacional»<sup>1</sup>. Ora, porque a lei nacional é *una*, e porque só quando a cada um dos conjuges se applique exclusivamente a sua lei nacional é que a sua capacidade

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 45 e 46.

matrimonial é regida por uma lei *única* e se verifica o principio de que cada um dos futuros conjuges deve ser capaz segundo a sua lei nacional, fica evidente que presidiu á redacção da fórmula — lei nacional de cada um dos futuros conjuges — o pensamento de que o direito de contrair casamento fosse regulado quanto a cada um dos conjuges exclusivamente pela sua lei nacional.

De modo que, para o casamento ser regularmente contraído relativamente ás condições de validade intrinseca, basta que se cumpram, com respeito a cada conjuge, as exigencias da sua lei nacional.

Este principio deve ser referido, para a sua exacta comprehensão, á theoria dos impedimentos, á theoria dos vicios do consentimento e á theoria das nullidades do casamento.

Como acima dissemos, os impedimentos podem ser absolutos e relativos, segundo obstam ao casamento ou dum modo geral ou com uma determinada pessoa.

Aquelle principio é de clara applicação relativamente aos impedimentos absolutos, como são os impedimentos relativos á puberdade legal, maioridade nupcial, actos respeitosos, existencia dum matrimonio anterior, esponsaes com um terceiro, doenças mentaes, intervallo de tempo posterior ao divorcio ou á dissolução do casamento, vinculo matrimonial com um ausente, votos religiosos, serviço militar e indigencia. Estes impedimentos, que incapacitam uma pessoa para se casar com qualquer outra pessoa, são evidentemente determinados de modo exclusivo pela lei nacional dos contraentes.

Quanto aos impedimentos relativos, que obstam ao casamento com uma determinada pessoa, como são os impedimentos de parentesco, de afinidade, de adopção, de adultério, de conjugio (relativamente á pessoa com quem um dos conjuges tenha adulterado, com quem concorresse como auctor ou cúmplice para a morte do outro conjuge, ou de que se tenta divorciado),

a applicação do principio já não é tão clara, parecendo por vezes que se applica a um dos futuros conjuges a lei nacional do outro. Assim, embora o codigo civil português permita o casamento entre cunhados, um português não poderá casar com uma cunhada italiana, se esta não obtiver a competente dispensa, visto o codigo civil italiano prohibir o casamento entre cunhados quando se não obtenha dispensa (art. 59.º n.º 2 e 68). Se bem que a prohibição exista só na lei italiana, vem afinal a affectar o português, pelo que parece applicar-se cumulativamente a cada um dos conjuges a sua lei e a lei do outro. Não se dá comtudo a applicação simultanea das duas leis. Apenas da natureza do impedimento resulta que, embora um dos candidatos ao casamento possa casar segundo a sua lei nacional, não o pode fazer o outro por a isso se oppor a lei do seu país. A cumulação de leis não passa pois duma illusão, explicavel pela natureza do impedimento.

Em materia de vicios do consentimento e de nullidades do casamento, o principio deve applicar-se de modo, que pela lei nacional de cada um dos conjuges se determine quando relativamente a cada um delles o casamento é viciado ou ha nullidade e qual o resultado de o consentimento não ser isento de vicio ou de o casamento não ter sido validamente celebrado. E assim, embora não haja vicio do consentimento ou nullidade segundo a lei dum dos conjuges, mas os haja pela lei do outro, pode a validade do casamento ser impugnada em harmonia com a lei em face da qual existe a irregularidade do casamento, e esta irregularidade affectará evidentemente ambos os conjuges, não porque a lei de um se applique a ambos, mas porque o casamento nullo em relação a um dos conjuges não pode produzir effeitos em relação ao outro.

## § II

O direito de contrair casamento e a theoria da devolução<sup>1</sup>

SUMMARY: — 93. O direito de contrair casamento e a doutrina da devolução na conferencia de 1893. — 94. O direito de contrair casamento e a doutrina da devolução na conferencia de 1894. — 95. O direito de contrair casamento e a doutrina da devolução na conferencia de 1900. — 96. Significado e applicação da regra de devolução consignada pelo artigo 1.º da convenção. — 97. Motivos de oportunidade que determinaram a conferencia a aceitar aquella regra de devolução. Appreciação critica desses motivos.

93. A comissão de 1893, ao mesmo tempo que accitou a competencia normal da lei nacional dos futuros conjuges para regular o direito de contrair casamento — «*Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux*» — adoptou uma regra de devolução, reconhecendo competencia para regular o direito de contrair casamento á lei de domicilio dos futuros conjuges ou á lei do logar da celebração do casamento, se a alguma dessas leis se referisse a lei nacional — «*à moins que cette loi ne s'en rapporte, soit à la loi du domicile, soit à la loi du lieu de la celebration*».

No relatorio justificou-se a comissão do modo seguinte: «Quando se diz que a lei nacional é competente para regular o direito de contrair casamento, *faz-se referencia ás disposições*

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 41, 46 e 49; *Actes II*, pagg. 43, 47 e 49; *Actes III*, pagg. 168 e 169; *Documents III*, pag. 4, 6, 99, 100 e 182, LAINÉ, *Clunet*, 1894, pag. 427; BARTIN, *R. D. I.*, 1898, pag. 170; ASSER, *Documents III*, pagg. 182, e *R. D. I.*, 1900, pag. 316, e 1901, pag. 437; BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 104, e *R. D. I.*, 1901, pag. 269; LIGEOIX, *Clunet.*, 1904, pag. 562.

*desta lei sobre as diversas condições exigidas. Mas pode acontecer que esta lei se não preoccuppe com impor as suas prescripções aos seus nacionaes que estão no estrangeiro e os deixe submettidos sómente ás leis do país onde estão domiciliados (por exemplo a lei federal suissa de 1874). Em tal caso, cumprir-se-á ainda a lei nacional apreciando a sua capacidade segundo a legislação do seu domicilio. Poderá mesmo succeder que a lei nacional, indo mais longe, admitta que a lei do logar da celebração possa regular plenamente as condições de validade intrinseca do casamento; não se poderia então exigir, no logar da celebração, mais que a observancia das disposições da lei local; procedendo assim, cumprir-se-á ainda a lei nacional, e não pode ter-se a pretensão de proteger melhor os seus nacionaes do que ella mesmo os protege»<sup>1</sup>.*

Na discussão do parecer da commissão em assemblêa geral da conferencia apenas Beeckman, delegado belga, e Meili, delegado suisso, se referiram ao assumpto, o primeiro para observar que a força obrigatoria da lei nacional tornava superfluas as palavras—«à moins que» etc. da alinea 1.<sup>a</sup>, pois que a lei do domicilio ou a lei do logar da celebração não eram applicaveis senão emquanto a ellas se referia a lei nacional, e o segundo para notar que a observação de Beeckman era especiosa, pois, segundo este, não se tratava, no caso, da applicação da lei nacional, mas da referencia a esta lei,—sendo a regra de devolução votada nos termos em que a propunha a commissão<sup>2</sup>.

A commissão e a conferencia reconheceram assim a devolução quanto ao direito de contrair casamento.

Procederia a conferencia deste modo por considerar legitima

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 46.

<sup>2</sup> *Actes I*, pag. 41.

a theoria da devolução como principio geral de direito internacional privado?

Assim parece dá-lo a intender o relatorio da commissão, quando declara que, embora, ao affirmar a competencia da lei nacional, se faça referencia ás disposições desta lei sobre as condições exigidas, isto é, ás suas disposições de direito interno, se a lei nacional deixa os seus nacionaes, que estão em país estrangeiro, sujeitos simplesmente á lei do domicilio ou do lugar de celebração, a mesma lei nacional se cumpre ainda quando se applica a lei a que ella se refere, e que não se pode ter a pretensão de proteger melhor os seus nacionaes do que ella mesmo os protege.

Comtudo, a mesma conferencia de 1893 ainda reconheceu a competencia da lei nacional para regular a tutela de menores e as successões, e nem para um nem para o outro assumpto estabeleceu o principio da devolução, signal de que não reconheceu a sua legitimidade como theoria geral do direito internacional privado.

Além disso, por um lado, a commissão faz referencia á lei federal suissa de 1874, que considerava valido o casamento de suissos em país estrangeiro tanto quando celebrado em harmonia com a lei suissa como se celebrado em harmonia com a lei do lugar da celebração, e, por outro lado, declara que procurou precaver-se contra as ideias demasiadamente absolutas e contra as fórmulas dum rigor demasiadamente mathematico, pelo que mais duma vez se appropriou duma regra já consignada numa lei ou numa convenção, sendo sua preocupação, não formular regras novas, mas apresentar uma especie de *synthese practica* das regras já seguidas ou propostas sobre a materia <sup>1</sup>, o que parece dar a intender que a

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 45 e 46.

comissão e a conferencia acceitaram a devolução mais por quererem respeitar as disposições das leis vigentes, como a lei suissa, do que por uma preocupação doutrinal. Isto é, a regra de devolução parece representar, como observa LAINÉ, uma das concessões aconselhadas pelo presidente da conferencia, ASSER, na sessão inaugural, nesta passagem do seu discurso: «Quoique vous décidez à cet égard, je suis sûr de exprimer votre pensée quand je dis que, pour attendre le but, nous serons tous obligés de nous faire des concessions réciproques: nous devrons sacrifier sur l'autel de l'entente international des opinions et des idées qui nous sont chères» <sup>1</sup>.

94. A comissão da segunda conferencia propôs e a conferencia votou a seguinte fórmula da regra de devolução em substituição da fórmula adoptada em 1893: «*sauf à tenir compte, soit de la loi du domicile, soit de la loi du lieu de célébration, si la loi nationale le permet*».

A modificação foi determinada pela critica feita por LAINÉ á resolução da conferencia de 1893 <sup>2</sup>.

LAINÉ mostrou que a acceitação do principio da devolução representava um erro theorico, e uma desnecessidade pratica. Um erro theorico, pois, emquanto a conferencia partia do principio verdadeiro de que a applicação das leis estrangeiras constituia um acto de justiça e não um acto de tolerancia ou de cortesia, o reconhecimento da devolução esquecia aquelle principio, partindo da ideia de que a competencia para estabelecer as condições de validade intrinseca do casamento pertence á lei do logar da celebração, a qual consente, por cortesia ou

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 26.

<sup>2</sup> *Clunet*, 1894, pag. 427.

conveniência, que se applique a lei nacional dos interessados, mas, se a lei nacional, remette para a lei do domicilio ou para a lei do logar da celebração, cessa o motivo da sua applicação e porisso deverá applicar-se a lei que apenas se punha de parte por cortesia ou conveniencia; uma desnecessidade pratica, pois as leis que, como a lei suissa, reconhecem a validade do casamento dos seus nacionaes contraído em país estrangeiro segundo a lei do logar da celebração, não os obrigam a conformar-se com essa lei, mas apenas lhes *permettem* que realizem o seu casamento em conformidade da mesma lei, e porisso tambem consideram validos os casamentos conformes á lei nacional, o que mostra que a regra de devolução não era necessaria para que os nacionaes dos estados cuja lei reconheça a competencia da lei do logar da celebração pudessem contrair validamente o seu casamento.

Em todo o caso LAINÉ, notando que seria ir longe demais declarar nullo o casamento conforme á lei do domicilio ou á lei do logar da celebração quando uma regra sobre o conflicto de leis estabelecida pela legislação nacional dos esposos permitta observar essa lei, tambem intendia que devia modificar-se o principio da competencia exclusiva da lei nacional, embora por fórma differente daquella por que o fizera a conferencia de 1893, e porisso propunha que o artigo em questão fosse assim redigido: «Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux. Toutefois, s'il existe dans la législation nationale de chacun des futurs époux une disposition concernant le conflit des lois qui permette l'application soit de la loi du domicile, soit de la loi du lieu de la celebration, le mariage conforme à l'une ou à l'autre de ces deux dernières lois ne devra nulle part être considéré comme nul».

A commissão, fazendo referencia á critica de LAINÉ, declara que acceita plenamente as suas conclusões. «A conferencia (de

1893), diz o relatorio, estabeleceu o principio de que *o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges*, mas não quis admitir o principio dum modo absoluto. Teve em consideração que certas legislações, com o fim de facilitar o casamento, admittem que os seus nacionaes se casem de conformidade á lei do país onde se encontrem e declaram que reconhecerão a validade do casamento nestas condições (Lei federal suissa de 1874, artt. 25.º e 54.º). Se pois o casamento de dois suissos celebrado fóra da Suissa for conforme á lei do país da celebração, será considerado valido na Suissa ainda quando esteja em desaccordo com tal ou qual prescripção da lei suissa interna. Contestar-se á, porém, a validade deste casamento nos demais países, especialmente no país da celebração, tomando por base a lei nacional dos futuros conjuges? A conferencia pensou o anno passado que isto seria excessivo e nós julgamos que teve toda a razão. LAINÉ não o contesta, mas pensa que o texto formulado é equívoco no sentido de que poderá d'elle concluir-se que, no caso previsto, a lei nacional é posta de parte completamente, de modo que a lei do domicilio ou a lei do logar da celebração se imporia aos esposos: elle demonstra muito bem que a lei suissa, designadamente, não poderia ter este alcance; *não impõe* aos seus nacionaes a observancia da lei do domicilio ou do logar da celebração; *permitte-lhes* sómente que se colloquem sob a protecção desta ultima lei, garantindo-lhes que o seu casamento celebrado por esta fórma será reconhecido na Suissa. Não seria, com effeito, razoavel que um casamento contraído por suissos em conformidade da sua lei nacional e em desaccordo com a lei do seu domicilio não fosse considerado valido na Suissa e em outros países. A commissão admittente inteiramente as conclusões de M. LAINÉ; julga que a conferencia do anno ultimo não quis dizer outra coisa; reconhece todavia que o texto pode offerecer uma certa ambiguidade e que deve recti-

ficar-se, não para mudar o principio, mas para melhor se comprehender o seu verdadeiro alcance»<sup>1</sup>.

Embora admittisse as conclusões de LAINÉ e partilhasse as suas ideias, a commissão não admittiu a sua fórmula, por a considerar demasiadamente abstracta e porisso adoptou a fórmula acima transcripta.

E assim appareceu a fórmula de 1894. Esta fórmula traduzia, no dizer da commissão, o pensamento de LAINÉ, que consistia em reconhecer a competencia da lei nacional para regular o direito de contrair casamento, embora não devesse considerar-se nullo o casamento celebrado em harmonia com a lei do domicilio ou do lugar da celebração quando houvesse na legislação nacional de cada um dos futuros conjuges uma disposição que permitisse a applicação dalguna daquellas leis.

Sendo assim, porque a proposta de LAINÉ não representava o reconhecimento da theoria da devolução, mas uma concessão ás leis que reconhecem a validade do casamento realizado em harmonia com a lei do lugar da celebração, fica patente que a regra de devolução da conferencia de 1894 tem um character meramente transaccional. E o mesmo revela o que disse ROGUIN, delegado suizo, na discussão em assembleia geral e que ninguem contestou: «Trata-se de salvaguardar a applicação da constituição e da legislação suissa, nos termos das quaes os casamentos contraídos por suissos no estrangeiro, contrariamente porventura ás disposições da lei federal em materia de impedimentos, mas em conformidade com a lei matrimonial estrangeira, *devem* ser reconhecidos na Suissa. Observa que este principio do direito suizo não será de modo nenhum attingido pela disposição proposta»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 47.

<sup>2</sup> *Actes II*, pag. 43

DIR., 19.<sup>a</sup> CAD.

95. Ainda a comissão de 1900 propôs e a terceira conferencia votou o artigo 1.º do projecto de convenção com uma regra de devolução.

Não accitou, porém, a comissão nenhuma das fórmulas das conferencias anteriores, nem a fórmula indicada pelo governo hollandês no projecto de programma da terceira conferencia e em que se procurava traduzir o pensamento de LAINÉ deste modo: «*sauf à appliquer, soit la loi du domicile, soit la loi du lieu de la celebration, si la loi nationale le permet ou le requiert*»<sup>1</sup>.

Organizou uma fórmula nova concebida nestes termos: «*à moins qu'une disposition de cette loi ne se refere expressément à une autre loi*».

A fórmula é assim justificada no relatorio: «Além disso, a fórmula da regra (do art. 1.º) foi modificada em dois pontos. Em primeiro lugar, evitou-se o emprego da palavra *lei nacional* no duplo sentido de «lei reguladora das condições do casamento» e de «lei reguladora dos conflictos entre legislações»; quando se fala *duma disposição desta lei*, faz-se referencia á disposição sobre conflictos (o que os allemães chamam *collosionsnorm*) que contem a lei nacional. Depois, a nova redacção foi formulada de modo a não deixar subsistir qualquer duvida ácerca do alcance da devolução. Suppõe-se que, na legislação nacional dos futuros conjuges, uma clausula relativa a conflictos de leis prescreve que o estatuto pessoal é regulado pela lei do domicilio, e pergunta-se ordinariamente se a regra de devolução é facultativa ou obrigatoria, isto é, se a

<sup>1</sup> *Documents III*, pag. 100. A fórmula. do governo hollandês harmonizava-se em parte com o que o delegado da Hollanda, Rahusen, dissera na conferencia de 1894, o qual perguntou se a redacção proposta era completa e se não seria conveniente accrescentar depois da phrase «*si la loi nationale le permet*» as palavras «*ou le requiert*» (*Actes II*, pag. 43).

lei do domicilio deve ser forçosamente applicada ou se pode haver escolha entre esta lei e a lei nacional. Admittindo que a questão se põe seriamente, deve dizer-se que é resolvida pela propria lei nacional, neste sentido: que esta lei decide se pretende dar simplesmente a faculdade de se submeter á lei do domicilio, ou ao contrario estabelecer a obrigação de o fazer. Por exemplo, na lei federal suissa de 24 de dezembro de 1874 sobre o estado civil, o fim do art. 25.º, alinea 3<sup>1</sup>, não admitte duvida. É conseguir que um casamento seja annullado o menos possivel. Se é valido, quer segundo a lei nacional, quer segundo a lei do domicilio, quer segundo a lei do logar da celebração, parece isso sufficiente ao legislador suisso: mais vale contentar-se com as garantias offerecidas por uma ou por outra destas leis, do que annullar um casamento por não serem observadas as prescripções duma lei determinada dum modo absoluto. A legislação dinamarquesa decide que o estatuto pessoal é determinado pelo domicilio. Pelo que respeita aos dinamarqueses estabelecidos no estrangeiro, isto significa certamente que o seu casamento será valido na Dinamarca, se tiver sido contraído com observancia das condições de capacidade prescriptas pelo lei do domicilio. Mas, suppondo que as condições exigidas pela lei do domicilio não foram respeitadas e que foram observadas as condições da lei dinamarquesa, será de crer que na Dinamarca se annullaria semelhante casamento e que assim se puniriam dinamarqueses por se haverem conformado fielmente no estrangeiro com as leis da sua patria? Parecer nos-ia isso um pouco extraordinario, sobretudo se, no logar da celebração, a lei regulasse a con-

---

<sup>1</sup> «Será considerado valido em toda a confederação o casamento contraído nos cantões ou *no estrangeiro*, em conformidade da legislação ali em vigor».

dição dos esposos segundo a sua lei nacional, e é porisso que pensamos que difficilmente se encontrará (qu'il n'existe guère) uma lei que estabeleça uma devolução obrigatoria no sentido que se dá ordinariamente a esta expressão. No caso de estrangeiros cuja lei nacional não reconhece a devolução relativamente aos seus nacionaes, por exemplo, allemães, franceses ou italianos que se casem num país como a Dinamarca, a sua lei nacional sobre as condições do casamento deveria ser naturalmente a unica applicada com as modificações estabelecidas pelos artigos 2.º e 3.º

«Como pode haver duvida, no país onde pretendem casar-se estrangeiros, sobre se a sua lei nacional devolve ou não para uma outra lei, convem que haja na lei nacional uma disposição expressa a este respeito; é o caso da lei suissa de 1874. Tem-se notado que esta disposição expressa falta por vezes e que assim o alcance do artigo seria muito restricto. Não ha disposição legal especial na Noruega e na Dinamarca. Nestes países a legislação regula a condição dos estrangeiros que ali estão estabelecidos, mas nada diz a respeito dos noruegueses ou dos dinamarqueses que estão estabelecidos no estrangeiro; é por analogia que a regra do domicilio, formulada para os estrangeiros no país, é ampliada aos nacionaes estabelecidos no estrangeiro. Não lhes é difficil promulgar uma lei para regular expressamente a condição dos seus nacionaes no estrangeiro; afastarão assim toda a incerteza»<sup>1</sup>.

Por este commentario que a commissão fez da sua regra de devolução, vê-se, pois: 1.º) que a devolução será facultativa ou obrigatoria, segundo a lei nacional estabelecer uma permissão ou impuser a applicação da lei do domicilio ou do logar da celebração, tendendo a commissão para a doutrina de que

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 168.

não haverá lei que estabeleça a devolução com character obrigatorio; 2.º) e que, para haver devolução, é necessario que a lei nacional a estabeleça expressamente.

Mas facultativa ou obrigatoria, o que é certo é que a commissão admittiu e a conferencia votou uma regra de devolução e porisso importa averiguar com que espirito foi tomada tal deliberação.

A terceira conferencia celebrava-se num momento em que a theoria da devolução era largamente discutida e já por muitos internacionalistas vivamente combatida, e porisso devia naturalmente a conferencia pronunciar-se sobre o valor de semelhante theoria, tanto mais que a propria Allemanha, que consagrara havia pouco a devolução na lei de introdução do codigo civil, propunha que ao projecto sobre o casamento se accrescentasse um artigo assim formulado — «Quando a convenção prescreve a applicação duma lei, deve entender-se como tal o direito interno do país, de modo que (salva a excepção do artigo 1.º) fique excluida a devolução que a lei dum estado faça para outro direito»<sup>1</sup> — proposta que tinha evidentemente por fim afastar a theoria da devolução na interpretação da convenção.

E, effectivamente, a conferencia manifestou-se. «Não ha que insistir, diz a commissão, sobre a regra da devolução, suas vantagens e inconvenientes. Os membros da commissão, *que condemnam esta regra em geral*, pensam que, se ella é accetavel em algum caso, ó naquelle de que tratamos, pois, com a applicação que verosimilmente lhe dará, o resultado será deminuir os casos de nullidade do casamento»<sup>2</sup>. E este era por certo o sentir da grande maioria dos membros da conferencia, que não se manifestou contra o parecer da commissão.

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 44.

<sup>2</sup> *Actes III*, pag. 169.

Consequentemente a conferencia não reconheceu a legitimidade scientifica da devolução, apenas a admittiu por um motivo de oportunidade — o de assegurar o mais possivel a validade do casamento.

Ainda outros motivos de oportunidade actuaram na conferencia, indicados pelo seu presidente ASSER na communicação submettida á apreciação da conferencia sob o titulo «*Quelques observations concernant le systême du Ruvois*»<sup>1</sup>. Nesse estudo ASSER, — só depois de escrever que não hesitava em declarar que os juriconsultos, que se tõem opposto ao systema da devolução, provaram de modo irrefutavel que a sciencia do direito internacional privado tem por fim designar directamente a propria lei que deve regular uma relação juridica e não deve limitar-se a remetter para as regras em vigor num estado para a solução dos conflictos de direito internacional, e que o systema da devolução era incompativel com o fim ultimo das convenções de direito internacional privado, pois a convenção deve ter por objecto determinar a lei applicavel ás relações juridicas e estabelecer a solução uniforme dos conflictos de direito em todos os estados contractantes, a respeito de todos os individuos e de todas as relações juridicas a que a mesma convenção é applicavel — procurou mostrar que, emquanto não é realizavel o alto ideal da uniformização convencional do direito internacional privado, o systema da devolução representa um meio de alargar o direito convencional ao maior numero possivel de estados e de fazer desaparecer, para estes estados, os inconvenientes que resultam actualmente da divergencia das leis nacionaes acerca da resolução de conflictos. E assim é que, emquanto actualmente o estado dum francês, dum italiano, dum belga ou dum hollandês domiciliado

---

<sup>1</sup> *Documents III*, pag. 182.

na Dinamarca, que segue o systema do domicilio, é regido na Dinamarca pela lei dinamarquesa, e na França, Italia, Belgica e Hollanda, que seguem o systema da lei nacional, é regido pela lei do seu pais, esta anomalia deixaria de existir com uma convenção baseada no systema da devolução.

Demais, se não se adoptasse o systema da devolução, excluir-se-iam provavelmente da união internacional formada pelas convenções os estados que, como a Dinamarca, ainda não puderam resolver-se a substituir a lei nacional á lei do domicilio.

«Esta consequencia, conclue, seria muito perniciosa e por esta razão *sobretudo* a concessão proposta parece justificada».

Consequentemente, segundo ASSER, a regra de devolução proposta á conferencia, e por esta votada, não era de modo algum o reconhecimento duma theoria juridica verdadeira, mas uma simples concessão a uma doutrina combatida de modo irrefutavel pelos jurisconsultos que a haviam impugnado, para *transigir* com os estados que ainda seguem o systema do domicilio, para conseguir que elles assignassem a convenção, e para remediar até onde fosse possível as consequencias da existencia de systemas divergentes do direito internacional privado.

A terceira conferencia da Haya condemnou, pois, não reconheceu, a theoria da devolução. Só por motivos de oportunidade lhe deu entrada na convenção sobre o casamento.

E, assim, deve considerar-se como verdadeira lenda a affirmação daquelles que ainda por vezes dizem que a conferencia da Haya legitimou a theoria da devolução.

Adeante apreciaremos o valor dos motivos de oportunidade que determinaram o procedimento da conferencia.

96. Conhecida a origem e o destino opportunistista da regra de devolução do artigo 1.º da convenção, determinemos o seu verdadeiro significado e estudemos a sua applicação.

Na 1.<sup>a</sup> alinea do artigo 1.<sup>o</sup> do projecto de programma da terceira conferencia, que era o artigo 1.<sup>o</sup> como o votara a conferencia de 1894, empregava-se duas vezes a expressão *lei nacional*, a primeira vez designando as disposições da lei do país de cada um dos futuros conjuges sobre as condições de validade do casamento, isto é, as suas disposições de direito material ou de direito interno, e a segunda indicando as disposições da mesma lei sobre conflictos.

A commissão de 1900, reduzindo o artigo á 1.<sup>a</sup> alinea do projecto de programma, deu-lhe a fórmula que está na convenção — *Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette ne se réfère expressement a une autre loi* — empregando na regra de devolução a fórmula *uma disposição desta lei* em vez da fórmula *lei nacional*, para não usar esta expressão no duplo sentido de lei reguladora das condições do casamento e de lei reguladora dos conflictos de leis.

Embora o equívoco de linguagem que a commissão queria evitar não desaparecesse completamente, pois a *lei* a que se refere a fórmula *disposição desta lei* é evidentemente a *lei nacional*, o pensamento da commissão ficou esclarecido. E o pensamento é este: 1.<sup>o</sup>) quando o artigo 1.<sup>o</sup> diz que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional, quer referir-se, em principio, ás disposições dessa lei de direito interno ou de direito material reguladoras das condições do casamento, como são, por exemplo, as disposições respeitantes a impedimentos; 2.<sup>o</sup>) que semelhantes disposições só deixarão de applicar-se quando na legislação do país a que pertencem os conjuges houver uma norma de conflictos que mande regular ou permita que sejam reguladas as condições do casamento por outra lei, que poderá ser a lei do domicilio ou a lei do lugar da celebração.

Na fórmula da regra da devolução emprega-se, assim, por

três vezes a palavra lei nas expressões «lei nacional», «disposição desta lei», e «outra lei». Na primeira expressão indica-se a lei nacional nas suas disposições de direito interno reguladoras das condições de validade intrínseca do casamento; na segunda indica-se a lei nacional nas suas normas de conflictos relativas ás condições do casamento; na terceira indica-se a lei, a que se referir a norma nacional de conflictos, nas suas disposições de direito interno reguladoras das condições do casamento. De modo que o artigo 1.º significa afinal isto: as condições de validade intrínseca do casamento são reguladas *normalmente* pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges nas suas disposições de direito interno, e podem ser *excepcionalmente* reguladas pelas disposições de direito interno duma lei differente da lei nacional, se na legislação do país de cada um dos conjuges houver uma norma de conflictos que mande regular ou permitta que sejam reguladas por uma lei diversa da lei nacional, por exemplo, pela lei do domicilio ou pela lei do lugar da celebração.

Intendido assim o artigo, torna-se facil a sua applicação.

Dos estados signatarios, todos, menos a Hungria e a Suissa, mandam regular todas as condições de validade intrínseca do casamento dos seus nacionaes exclusivamente pela sua lei nacional, não formulando qualquer norma de conflicts que mande ou permitta applicar a lei doutro estado. Porisso, o direito de contrair casamento dos allemães, austriacos, belgas, franceses, hespanhoes, hollandeses, italianos, luxemburgueses, portugueses, rumenos e suecos só pode ser regulado, nas relações dos estados contractantes, pela lei do respectivo país na parte em que determina as condições de validade intrínseca do casamento. E assim, se um portuguez pretender casar com uma francêsa, as condições do casamento hão de ser apreciadas, em relação ao conjuge portuguez, segundo as disposições do codigo civil sómente, ou do codigo civil e do direito

canonico<sup>1</sup>, consoante o casamento fôr catholico ou civil, e, em relação á mulher, segundo o direito francês<sup>2</sup>.

Segundo a lei hungara de 1894, a validade dos casamentos contraídos em pais estrangeiro ou na Hungria deve ser julgada, no que respeita á idade e á capacidade, exclusivamente segundo a lei nacional dos esposos, e, sob qualquer outro aspecto, segundo a lei nacional de ambos os esposos, a não ser que estas leis ordenem a applicação doutra lei ou que a mesma lei hungara determine o contrario (artt. 108.º e 111.º).

Limitação a este principio na lei hungara só se encontra, pelo que neste momento nos interessa, a de que, no casamento dum hungaro com uma estrangeira ou dum estrangeiro com uma hungara, a validade do casamento será julgada segundo a lei nacional do marido, excepto relativamente á idade e capacidade da mulher, que serão reguladas pela sua lei nacional (artt. 109.º e 111.º).

De modo que, pela lei hungara, a validade do casamento entre estrangeiros de differente nacionalidade era regulada, quanto á idade e capacidade geral para contrair casamento, pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges, e quanto ás demais condições do casamento pela lei de ambos, e bem assim a validade do casamento dum hungaro com uma estrangeira ou dum estrangeiro com uma hungara era regulado, quanto á idade e capacidade matrimonial geral, pela lei nacional de cada um, e, quanto ás demais condições, pela lei nacional do marido.

Ratificada, porém, a convenção pela Austria-Hungria, estas disposições, porque são incompatíveis com o artigo 1.º da convenção, que manda applicar a cada um dos futuros conjuges

---

<sup>1</sup> Cod. civ. port., artt. 1056.º e segg.

<sup>2</sup> Cod. civ. fr., artt. 144.º e segg.

a sua lei nacional e não permite que a um se applique a lei do outro ou a cada um se applique a lei de ambos<sup>1</sup>, ficarão revogadas nas relações dos estados contractantes, e porisso, logo que a convenção entre em vigor na Hungria, o direito dos húngaros contraírem casamento com subditos dos outros estados contractantes será exclusivamente regulado pela lei hungara, e da mesma fôrma o direito de contrair casamento dos nacionaes dos outros estados contractantes, á excepção, dos suissos, será exclusivamente regulado pela sua lei nacional.

O codigo civil suiso, como já antes acontecia com a lei federal de 1874, declara valido o casamento contraído em país estrangeiro por cidadãos suissos em harmonia com a lei ali em vigor e determina que não poderá ser annullado na Suissa o casamento celebrado em país estrangeiro em contravenção da lei do logar da celebração, desde que não seja annullavel segundo a lei suissa. De modo que ha na legislação suissa uma norma de conflictos que permite a applicação da lei do logar da celebração para determinar a validade do casamento de cidadãos

---

<sup>1</sup> Sobre o projecto de programma da conferencia de 1900, propôs a Hungria que o artigo 1.º fôsse assim redigido: «A validade do casamento é regulada, pelo que respeita á idade exigida para a celebração do casamento, e á necessidade do consentimento dos paes, tutores ou curadores pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges, e, pelo que respeita ás outras condições, pelas leis nacionaes de ambos os esposos. . .». A lei do logar da celebração pode estabelecer que a validade do casamento duma estrangeira com um subdito do país onde o casamento é celebrado será regulada exclusivamense pela lei nacional do noivo, salvo pelo que respeita á idade da noiva e ao consentimento de seus paes, tutores ou curadores. A comissão rejeitou a proposta hungara, afirmando o principio de que o direito de contrair casamen'to deve ser exclusivamente regulado pela sua lei nacional, e observando: «A comissão pensou que antes do casamento não havia razão para que a lei do noivo prevalecesse sobre a da noiva. Cada um dos futuros conjuges deve ser capaz segundo a sua lei». (Vide *Actes III*, pagg. 169 e 170, e *Documents III*, pag. 4).

suiços realizado em país estrangeiro, sendo assim a Suíça o unico estado signatario que, depois da vigencia da convenção e nas relações com os outros estados signatarios, reconhece a competencia duma lei differente da lei nacional para regular a validade intrinseca do casamento dos seus nacionaes, e tambem o unico estado signatario a quem se applica a regra de devolução do artigo 1.º da convenção. Só a lei suíça se refere expressamente a outra lei, a lei do logar da celebração, para regular a validade do casamento dos seus nacionaes, e portanto só a lei suíça satisfaz ás condições de applicação daquella regra de devolução.

A lei suíça não obriga, porém, os seus nacionaes a conformarem-se com a lei do logar da celebração, pois não permite a annullação do casamento desde que se cumpra a lei suíça, e porisso a unica applicação da regra de devolução do artigo 1.º da convenção é de character facultativo.

Sendo assim, será valido o casamento celebrado em Portugal entre um suíço e uma portugueza, desde que, em relação á mulher, se cumpram as condições exigidas pela lei portugueza e em relação ao marido se cumpram as condições exigidas pela lei portugueza (lei do logar da celebração), ou as exigidas pela lei suíça (lei nacional). O casamento será, porém, nullo, se, embora satisfazendo ás condições da lei do logar da celebração, fôr concluido no estrangeiro com a intenção manifesta de eludir as causas de nullidade previstas pela lei suíça (cod. civ. suis., tit. fin., art. 61.º, alinea 7 f).

97. Ultimaremos estas ligeiras observações ácerca da theoria da devolução na convenção de 1902 apreciando os motivos de oportunidade que conduziram a transigir com semelhante theoria..

Estes mativos foram tres, um apresentado no relatorio da commissão de 1900, e dois formulados na communicação de ASSER.

Segundo o relatório, o motivo de oportunidade da aceitação da regra de devolução é a diminuição, por meio dessa regra, dos casos de nullidade do casamento.

Semelhante razão não passa, porém, como nota BUZZATI, duma illusão. Em harmonia com o mesmo relatório, é pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges que ha de determinar-se se a applicação doutra lei (a lei do domicilio ou a lei do logar da celebração) é facultativa ou obrigatoria. Se fôr obrigatoria a lei do domicilio, como acontece, por exemplo, com a Dinamarca e com a Noruega, deverá ser a lei do domicilio a exclusivamente applicada para regular o direito de contrair casamento dos nacionaes do estado que siga o systema da lei do domicilio quando domiciliados em país estrangeiro. Dahi resultará que o casamento de taes individuos, sendo nullo segundo a lei do domicilio, embora seja valido segundo a sua lei nacional, deverá ser considerado nullo mesmo pelos estados que seguem o systema da lei nacional, que aliás o considerariam valido se a isso se não oppusesse a regra de devolução admittida pela convenção. A doutrina do relatório só seria verdadeira em relação ao direito suiso, que não substitue á competencia da lei nacional a competencia da lei do logar da celebração, mas reconhece a competencia duma e doutra lei a fim de favorecer a validade do casamento.

Segundo ASSER, o reconhecimento da regra de devolução tinha dupla vantagem: 1.º) de evitar que o mesmo casamento fosse valido num país e nullo em outro país; 2.º) e de se conseguir que a convenção sobre o casamento fosse assignada por maior numero de estados, subscrevendo-a mesmo aquelles que ainda se não resolveram a substituir o systema da lei do domicilio pelo systema da lei nacional.

A primeira vantagem é real. Sem a existencia duma convenção que estabeleça o contrario, o casamento dos nacionaes dum estado de systema da lei do domicilio, domiciliados num

estado de systema da lei nacional, sendo celebrado em harmonia com a lei do domicilio e em contrario da lei nacional, é valido no primeiro estado e é nullo no segundo, ao passo que, sendo celebrado em harmonia com a lei nacional, e em contrario da lei do domicilio, será valido no segundo estado e nullo no primeiro. Com a regra de devolução acceita pela convenção, um casamento assim será sempre valido, no país de origem, pois se respeita a lei normalmente competente segundo o direito desse estado, e no país do domicilio, pois se cumpre a lei competente segundo a regra de devolução acceita por esse estado.

A segunda vantagem só se verificou relativamente á Suissa. Dos tres estados representados na conferencia que estabeleciam a competencia duma lei differente da lei nacional para regular a validade do casamento dos seus nacionaes, a Dinamarca e a Noruega a lei do domicilio, e a Suissa a lei do lugar da celebração, só a Suissa assignou a convenção. A Dinamarca e a Noruega, embora por mais duma vez fizessem presumir que viriam a assigná-la<sup>1</sup>, afinal abstiveram-se. E abstiveram-se, certamente porque a assignatura da convenção as obrigava a a sacrificar a applicação da sua lei ao casamento de estrangeiros domiciliados no país, pois não é de crer que os dois estados não quisessem consentir em que se applicasse a lei nacional aos seus subditos domiciliados em país estrangeiro.

De modo que a regra de devolução estabelecida pela convenção apenas produziu o resultado de os estados contractantes reconhecerem a validade do casamento de suissos celebrados em país estrangeiro segundo a lei do lugar da celebração.

Mas será este resultado de tamanho valor, que explique a concessão feita a uma theoria falsa e condemnada pela propria conferencia que fez a concessão?

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 40; *Actes II*, pag. 34; *Documents III*, pagg. 137 e 178.

A Suíça fez o sacrificio unico de deixar de applicar ao casamento de estrangeiros na Suíça conjunctamente a lei nacional e a lei suíça, ficando limitada a applicar a lei nacional. E este sacrificio é minimo, pois, se a Suíça considerava valido o casamento dos seus nacionaes celebrado em país estrangeiro segundo a lei suíça, não era muito que accordasse em que ao casamento de estrangeiros na Suíça se applicasse exclusivamente a lei nacional. E tanto o sacrificio era pouco apreciavel, que o codigo civil veio estabelecer para todos os estrangeiros o que a convenção concedera aos nacionaes dos estados contractantes,

O sacrificio destes estados foi bem maior. Antes da convenção, era sempre obrigatoria a applicação da lei nacional á regulamentação do casamento de estrangeiros. Depois da convenção, deixou a lei nacional de ser applicavel obrigatoriamente aos cidadãos suíços, reconhecendo-se assim o effeito duma regra do conflictos considerada injusta.

Mas seria ao menos necessario o sacrificio? Não o pensamos. Desde que a Suíça reconhecia a sufficiencia da lei nacional para regular a validade do casamento dos seus nacionaes celebrado em país estrangeiro e os cidadãos suíços tinham já pelo direito suíço anterior á convenção a faculdade de celebrar o casamento em país estrangeiro segundo a lei nacional, bastaria converter em obrigação aquella faculdade para, ao mesmo tempo, se evitar o sacrificio das demais legislações e os suíços ficarem habilitados a contrair validamente o seu casamento por um meio já reconhecido pelo direito do seu país.

Mas todos os demais estados preferiram sacrificar-se e parece effectivamente verdade que o importante era, como se exprimia ROGUIN na conferencia de 1894, «salvaguardar a constituição e a legislação suíça».

Mas, como já dissemos noutro logar, se era necessario conciliar os systemas de conflictos dos estados representados na conferencia e se os diplomatas da Haya, medindo todas as

difficuldades e apreciando todas as circumstancias, julgavam indispensavel sacrificar em alguma coisa a applicação da lei nacional, não deviam de modo algum invocar a falsa theoria da devolução. Deviam determinar com a fórma de exceções, claramente estabelecidas, os casos de applicação da lei do domicilio ou de qualquer outra, e não auctorizar ninguem a dizer que a conferencia da Haya reconheceu a theoria da devolução, o que, embora lenda, vae produzindo os seus effeitos. E tanto mais, que, só deturpada, a theoria serviu o fim que a conferencia procurava. A theoria apparece ali mutilada como na doutrina de WEISS, pois a conferencia intendeu que, quando a lei nacional remette para outra lei, a referencia é feita para essa outra lei nas disposições de direito interno e não nas disposições sobre conflictos. Quer dizer, a conferencia chamou devolução áquillo que rigorosamente o não é. Era melhor que não tivesse dado nem a fórma nem o nome ao expediente pratico a que recorreu para conciliar as legislações relativamente ao direito de contrair casamento.

## § III

O direito de contrair casamento  
e as leis de ordem publica do estado da celebração <sup>1</sup>

SUMMARY: — 98. Pensamento geral dos artt. 2.º e 3.º da convenção sobre a ampliação ou restricção do systema de impedimentos matrimoniaes da lei competente, segundo o art. 1.º, para regular o direito de contrair casamento. — 99. Principio geral estabelecido pelo art. 2.º da convenção sobre a ampliação do systema de impedimentos da lei nacional. — 100. Especificação dos impedimentos que a lei local pode oppor ao casamento de estrangeiros. a) Impedimento de parentesco. Significado da fórmula do art. 2.º — *graus de parentesco e affinidade*. — 101. b) Impedimento absoluto do casamento entre pessoas culpadas de adulterio de que tenha resultado a dissolução do casamento. — 102. c) Impedimento absoluto do casamento entre pessoas condemnadas por haverem attentado contra a vida do conjuge duma dellas. — 103. Valor do casamento celebrado quando exista algum dos impedimentos a), b) e c). — 104. d) Impedimentos de caracter religioso. — 105. e) Impedimento de divorcio. — 106. Possibilidade da celebração do casamento perante as auctoridades diplomaticas e consulares nos casos de impedimentos de caracter religioso ou de divorcio. — 107. Valor do casamento celebrado perante as auctoridades locais havendo algum destes impedimentos. — 108. Valor do casamento diplomatico ou consular na mesma hypothese. — 109. Principio geral do art. 3.º da convenção ácerca da restricção do systema de impedimentos da lei competente segundo o art. 1.º Casos em que a lei local pode permittir um casamento prohibido pela lei nacional. — 110. Valor do casamento prohibido pela lei nacional e permittido pela lei local em harmonia com a convenção. — 111. Apreciação geral da doutrina dos artt. 2.º e 3.º da convenção.

98. O relatório da comissão de 1900 terminava do modo seguinte as suas observações ácerca do art. 1.º do projecto

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 41 e 46; *Actes II*, pagg. 43 e 44; *Actes III*, pagg. 161, DIR., 19.º CAD. 26

de convenção sobre as condições de validade do casamento: «Se se applicasse rigorosamente o art. 1.º, resultariam as consequências seguintes: 1.º) Os estrangeiros, capazes de se casar segundo a sua lei nacional, devem poder casar-se num país, mesmo quando sejam incapazes segundo a lei deste país; 2.º) Os estrangeiros, incapazes de se casar segundo a sua lei nacional, não devem poder casar-se num país, mesmo quando sejam capazes segundo a lei deste país. Estas duas consequências logicas não puderam ser acceitas em todo o seu rigor, porque contrariavam principios considerados essenciaes no país da celebração. A difficuldade consiste em precisar os casos em que taes principios se oppõem a que as consequências indicadas se produzam. Tal difficuldade occupou demoradamente a commissão, que chegou, não sem custo, a formulár, no artigo 2.º, as restricções que comporta a primeira consequencia e, no artigo 3.º, aquellas que comporta a segunda»<sup>1</sup>.

Estas palavras definem a orientação geral da conferencia de 1900 ácerca dos limites de applicação da lei nacional como lei reguladora da capacidade matrimonial.

É a lei nacional normalmente competente para regular aquella capacidade. Mas a lei nacional, ou nas suas *permissões* ou nas suas *prohibições*, pode contrariar as leis de ordem publica do estado da celebração do casamento, e porisso a mesma lei nacional deverá ser limitada quer quando *permite* quer quando *prohibe* o casamento, se assim o exigir o interesse publico do estado local. Consequintemente, se a lei nacional é competente para determinar o *systema de impedimentos* que obstam ao casamento do individuo, esse systema deverá ser

---

162 e 170 a 174; *Documents III*, pag. 8; LAINÉ, *Clunet*, 1894, pag. 21; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 156 e segg.; RENAULT, *ob. cit.*, pagg. 39 e segg.; REGNAUT, *ob. cit.*, pagg. 177 e segg.

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 170.

a) *ampliado* ou b) *restringido*, segundo as exigencias das leis locais de interesse e ordem publica.

a) A primeira ordem de limitações á applicação da lei nacional foi reconhecida logo pela primeira conferencia. Dizia a commissão de 1893 no seu relatorio: «A lei do logar da celebração, que deve respeitar a lei nacional enquanto esta *se oppõe* a um casamento, deverá igualmente inclinar-se perante a lei nacional enquanto ella *permette* um casamento? A affirmativa é admittida pela commissão, mas dum modo menos absoluto. O direito publico dum país, que nos não parece exigir a celebração dum casamento prohibido por uma lei estrangeira, pode oppôr-se a que um casamento, permittido por uma lei estrangeira, possa ser celebrado. É indiscutivel em principio; a difficuldade está somente em *determinar com alguma precisão* os casos em que a lei local poderá oppor um *non possumus* ás disposições duma lei estrangeira e impedir que a regra segundo a qual a lei nacional dos futuros conjuges regula a sua capacidade se não torne letra morta e seja, de facto, afastada pela lei local, por se dar a esta um predominio absorvente. Tambem a commissão afastou uma redacção segundo a qual as prescripções da lei nacional não pudessem prevalecer sobre as disposições respeitantes á *ordem publica* ou á *ordem social*; pensou que semelhante regra seria excessivamente vaga e se prestaria a applicações exaggeradas. Quis indicar duma fórma estrictamente limitativa os casos em que a lei do logar da celebração poderia impedir um casamento, quando este fosse permittido pela lei nacional dos futuros conjuges; deste modo, todo o arbitrio fica supprimido»<sup>1</sup>.

Em harmonia com estas ideias, foi formulado o artigo 2.º do projecto da commissão: «A lei do logar da celebração pode

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 46 e 47.

proibir o casamento dos estrangeiros que fôr contrario ás suas disposições referentes aos graus de parentesco ou de afinidade para os quaes houver uma prohibição absoluta, e á necessidade da dissolução dum casamento anterior». A conferencia approvou este artigo sem qualquer alteração <sup>1</sup>

A commissão de 1894 conformou-se inteiramente com a deliberação da conferencia de 1893, insistindo na necessidade de afastar qualquer fórmula vaga de limitação da lei nacional pelas leis de ordem pública do estado local. A commissão, lê-se no seu relatorio, «rejeita a emenda que permitiria ao país da celebração impôr aos estrangeiros os seus impedimentos matrimoniaes derivados da *ordem publica*; é uma fórmula exaggeradamente vaga, que foi justamente repellida no anno passado tanto pela commissão especial como pela conferencia» <sup>2</sup>.

Comtudo, quando da discussão do artigo em assembleia geral, o delegado da Allemanha propôs e a conferencia votou, depois de pequena discussão, que o artigo proposto pela commissão fosse substituido pelo seguinte:

«Art. 2.º A lei do logar da celebração pode prohibir o casamento dos estrangeiros que fôr contrario ás suas disposições referentes:

- 1.º á necessidade da dissolução dum casamento anterior;
- 2.º aos graus de parentesco ou de afinidade para os quaes houver uma prohibição absoluta;
- 3.º á prohibição de se casarem os culpados de adulterio, por effeito do qual tiver sido dissolvido o casamento dum delles» <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 49; *Protocollo final*, pag. 1.

<sup>2</sup> *Actes II*, pag. 48.

<sup>3</sup> *Actes II*, pagg. 43 e 44; *Protocollo final*, pag. 1.

A comissão de 1900 obedeceu á orientação geral das conferencias de 1893 e 1894 de reconhecer limitações á applicação da lei nacional e de determinar com precisão essas limitações. «Todos os membros da comissão admittiram que o país onde se celebra o casamento não podia ser obrigado a deixar proceder a esta celebração só porque o casamento era possível segundo a lei nacional dos futuros conjuges; tal casamento constituiria, em certos casos, um verdadeiro escandalo. O accordo não é, porém, tão unanime quando se tracta de formular uma prescrição neste sentido. Deverá formular-se uma regra geral ou deverão indicar-se os diversos casos de applicação? Em algumas emendas (Dinamarca e Noruega <sup>1</sup>) propunha-se que fosse reservada a cada país a faculdade de prohibir a celebração do casamento dum estrangeiro domiciliado no país, quando as condições prescriptas ou pelo direito publico do país, ou pelas suas leis destinadas a proteger os direitos de terceiros, não fossem respeitadas. A comissão afastou, dum modo geral, as fórmulas que se referem ao direito publico ou á ordem publica, em razão do character vago destas expressões e da incerteza que dahi resultaria nas decisões... Pela mesma razão, a comissão afastou uma emenda do delegado da Hespanha assim redigida: «a lei do logar da celebração pode prohibir o casamento de estrangeiros que fôr contrario ás suas disposições cuja infracção é sancionada com a nullidade absoluta do acto». Esta emenda tinha a vantagem de supprimir a incerteza no país da celebração, pois bastava consultar a legislação deste país para saber quaes os impedimentos que ali são sancionados com a nullidade absoluta. Mas os outros países não sabem que alcance podia ter semelhante prescrição. O espirito do nosso trabalho é deminuir o

---

<sup>1</sup> *Documents III*, pag. 8.

arbitrio nas relações internacionaes sobre esta materia. Convem determinar com a maior precisão possivel os casos em que a lei nacional não será observada»<sup>1</sup>.

Embora adoptasse o criterio geral anteriormente seguido, modificou a commissão notavelmente o artigo 2.º do projecto de programma da conferencia, que era o artigo votado pela conferencia de 1894.

Em primeiro lugar, supprimiu o n.º 1 d'aquelle artigo. «O primeiro caso previsto pelo projecto de programma era o da *necessidade da dissolução dum casamento anterior*. É quasi desnecessaria uma explicação, disse a commissão de 1899. «O direito publico da maior parte dos países oppõe-se evidentemente a que a polygamia possa ser praticada, mesmo quando admittida pela lei do país dos futuros conjuges». Sendo tal o unico alcance da disposição, não covinha supprimi-la como referindo-se a uma hypothese chimerica? Os estados contractantes não admittem a polygamia e um artigo expresso do nosso projecto (art. 8.º, alínea 2) dispõe que nenhum estado será obrigado a applicar uma lei que não seja a dum estado contractante. Tambem este primeiro caso foi supprimido pela commissão»<sup>2</sup>.

Manteve a commissão os n.ºs 2 e 3 do art. 2.º do projecto de programma, que passaram a ser os n.ºs 1 e 2, e accrescentou, por proposta da Hungria<sup>3</sup>, um terceiro caso de prohibição nestes termos: «3.º A prohibição absoluta de se casarem pessoas condemnadas por terem, de commum accordo, attentado contra a vida do conjuge duma dellas». «O 3.º (caso), diz o relatorio<sup>4</sup>, foi accrescentado por proposta da Hungria, que não

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 170.

<sup>2</sup> *Actes III*, pag. 171.

<sup>3</sup> *Documents III*, pag. 8

<sup>4</sup> *Actes III*, pag. 171.

encontrou objecção; ha um argumento à *fartiori* tirado da admissão do 2.º».

Admittidos os tres casos de limitação da lei nacional pela lei do logar da celebração, formulou a commissão do modo seguinte a sancção que devia resultar da celebração dum casamento em harmonia com a lei nacional mas contra as disposições da lei local que prohiba absolutamente o casamento em algum dos casos indicados: «O casamento celebrado em contravenção de qualquer das prohibições, supramencionadas não incorrerá em nullidade, contanto que seja valido segundo a lei nacional».

Os motivos da regra de sancção foram estes: «Resta explicar no art. 2.º uma disposição inteiramente nova, a da penultima alinea do artigo 2.º. Prevê a hypothese seguinte: «Um casamento foi celebrado num país contrariamente a uma prohibição estabelecida pela lei deste país e e que entra nos casos mencionados pelo artigo 2.º, n.ºs 1.º, 2.º e 3.º; a lei nacional foi respeitada. Qual é a sancção da infracção da lei local? O artigo 2.º não se explicava a este respeito e era possivel discussão. A situação é com effeito complexa. A validade pode ser examinada com referencia ao estado da celebração, ao estado de origem e a terceiros estados. Na falta dum texto expresso, é muito natural que as sancções ordinarias da lei do país da celebração se applicuem a este casamento como realizado onde impera a mesma lei. Quanto ao país de origem, não pode este annullar um casamento que em nada é contrario á sua lei. Os outros estados não têm razão alguma decisiva para annullar um casamento que considerariam valido se fosse celebrado no estado de origem dos conjuges. A situação não é a seu respeito sensivelmente differente pelo facto de o casamento ter sido celebrado em outro país. Para attender a estas consi-

---

<sup>1</sup> Documents III, pag. 8.

dérações propôs a Allemanha que se accrescentasse ao art. 2.<sup>o</sup> a seguinte emenda: «Se o casamento fôr celebrado apesar de existir uma prohibição desta natureza, terão os outros estados a faculdade de o considerar valido»<sup>1</sup>. A Austria insistiu por que o casamento pudesse ser declarado nullo no país onde fosse celebrado. Depois de discutir o assumpto, pareceu á commissão que convinha ir além da emenda. Em primeiro lugar, a não ser o estado da celebração, nenhum outro tem razão seria para pronunciar a nullidade do casamento, visto a sua lei não ter sido violada. Sendo assim, porque deixar-lhes simplesmente a faculdade de reconhecer o casamento como valido e não declarar positivamente que o casamento é valido? Ha toda a vantagem em coarctar o arbitrio nesta materia. Não deverá, porisso, dar-se mais um passo e dizer que, apesar da irregularidade praticada, o casamento será considerado valido em toda a parte? É o que a commissão propõe á conferencia para esta decidir. Em nome do interesse geral, pede-se ao país da celebração que considere impeditentes os impedimentos enumerados, suppondo, bêm intendido, que os esposos não tenham transgredido a sua lei nacional»<sup>1</sup>.

A conferencia votou sem divergencias esta proposta da commissão<sup>2</sup>.

A commissão de 1900 levou, porém, ainda mais longe as suas modificações ao art. 2.<sup>o</sup> do projecto de programma. Accrescentou-lhe uma ultima alinea assim redigida: «Sob a reserva da applicação da alinea 1.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup> da presente convenção, nenhum estado contractante se obriga a fazer celebrar um casamento que, em razão de casamento anterior ou de obstaculo de ordem religiosa, fôr contrario ás suas leis. A

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 172.

<sup>2</sup> *Actes III*, pag. 162.

violação dum impedimento desta natureza não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países que não naquelle em que o casamento houver sido celebrado».

Eis como a commissão justificou este accrescentamento: «A Austria<sup>1</sup> pedia que aos casos de prohibição do casamento do art. 2.º se juntassem mais dois casos; um respeitante á prohibição absoluta de casar imposta a um clérigo de ordens sacras ou a uma pessoa que tenha feito voto solemne de celibato; o outro era relativo á prohibição absoluta do casamento entre christãos e não christãos. A maioria da commissão comprehendia a repugnancia que podia ter um estado em deixar celebrar dentro do seu territorio um casamento contrario a prohibições que lhe parecem dictadas pelas exigencias do sentimento religioso; não podia, porém, a commissão limitar-se, por outro lado, a constatar que os estrangeiros seriam privados, por força dum convenio internacional, da faculdade de se casar onde se encontrem estabelecidos, quando estejam nas condições exigidas pela sua lei nacional e o obstaculo local derive de considerações rejeitadas pela maior parte dos estados representados. Como conciliar estas duas coisas? Parecia difficil. Conseguiu-se, todavia, graças a um systema ingenhoso apresentado á commissão pelo eminente Presidente da conserencia. AssER propôs que se dissesse que nenhum estado contractante se obriga a fazer celebrar um casamento para o qual não ha no seu territorio, em virtude dum obstaculo de ordem religiosa, auctoridade nacional competente. Na Austria não ha auctoridade nacional competente para celebrar o casamento dum padre catholico ou o casamento dum catholico e dum israelita. Desde que se não trate de casar subditos austriacos e de fazer intervir auctoridades austriacas, ecclesiasticas ou outras; pode a Austria

---

<sup>3</sup> *Actes III*, pag. 46

deixar celebrar semelhantes casamentos dentro do seu territorio, o que poderá fazer-se por intermedio dos agentes diplomaticos e consulares. Deste modo, ficam satisfeitas as exigencias das soberanias respectivas na medida do possivel. O estado de origem vela pelos interesses dos seus nacionaes proporcionando-lhes, pelos seus agentes, o meio de se casarem; o estado onde é celebrado o casamento não coopera num acto que lhe repugna. Ha entre as duas idéas uma ligação intima que é traduzida pela remissão feita pela ultima alinea do art. 2.º para a alinea 1.ª do art. 6.º e que confirma mais uma vez este art. 6.º

«O delegado da Austria apressou-se em declarar que, em virtude da adopção da emenda de ASSER, retirava a sua proposta de accrescentamento de dois casos á enumeração do art. 2.º

«A emenda de ASSER foi ampliada para attender uma ordem de ideias analogá, que interessa á Austria e aos países que, não reconhecendo senão o casamento religioso, não admittem o divorcio para certas categorias de pessoas. Por exemplo: verificou-se um divorcio na França ou na Allemanha pela fórma mais regular, tendo sido indifferente a nacionalidade e a religião dos conjuges. Um dos conjuges divorciados quer casar-se na Hespanha; a auctoridade hespanhola não lho permittirá porventura, por não considerar o casamento a respeito do qual foi pronunciado um divorcio como sufficientemente dissolvido sob o aspecto dum segundo casamento. Era neste sentido que em rigor se poderia ter intendido a disposição do n.º 1 do antigo 2.º relativa á necessidade da dissolução dum casamento anterior, disposição supprimida, como acima se explicou. Na Austria reconhece-se o divorcio pronunciado no estrangeiro e bem assim o divorcio pronunciado na Austria entre não catholicos; mas o conjuge divorciado não pode casar com uma catholica. A Austria julga não poder deixar celebrar um tal

casamento pelas suas auctoridades, mas, por analogia do que foi dicto a respeito dos impedimentos de ordem religiosa, consente em que os agentes diplomaticos e consulares o celebrem.

«A nova redacção comprehende, pois, os casos em que não ha auctoridade nacional competente em virtude dum *casamento anterior* ou dum obstaculo de ordem religiosa. A redacção da emenda de ASSER foi finalmente modificada pela fórmula indicada no texto submettido á conferencia. A commissão attendeu uma observação do delegado da Austria, que notou algumas difficuldades que podia suscitar a fórmula que mencionava a *incompetencia* duma auctoridade nacional. Não se vê com bastante nitidez a distincção entre o caso em que uma auctoridade é incompetente para celebrar um casamento e aquelle em que é competente mas não deve celebrá-lo por haver impedimento. A nova redacção é certamente mais simples e mais clara.

«Pode suppor-se que seja celebrado, por erro, um casamento apesar de existir um obstaculo desta natureza. Qual deverá ser o seu valor? Alguns membros da commissão queriam que se applicasse neste caso a regra estabelecida pela penultima alinea do art. 2.<sup>o</sup>, notando que os impedimentos dos n.<sup>os</sup> 1, 2 e 3 parecem mais graves, visto que devem ser respeitados pelos agentes diplomaticos e consulares, ao passo que um estado não pode oppor-se a que estes agentes celebrem casamentos a respeito dos quaes existem os obstaculos de que se tracta na ultima alinea do art. 2.<sup>o</sup> Como poderiam impedimentos menos graves ser sancionados mais severamente? Todavia, a instancias do delegado da Austria, a maioria da commissão consentiu em que apenas se dissesse que o casamento, em tal caso, não podia ser annullado senão no país em que foi celebrado e cuja lei foi violada. Não foi com facilidade que semelhante disposição foi acceita pela maioria dos membros da commissão; foi necessario que se convencessem de que a concessão era indispensavel para obter a adhesão de alguns estados. Esperam que virá um

momento em que cada estado acceitará no seu territorio as consequencias dum facto que se produziu (produziria?) regularmente em territorio estrangeiro, sobretudo quando este facto não respeite aos seus nacionaes. Entretanto são parcialmente attendidos, obtendo que taes casamentos possam ser celebrados pelos agentes diplomaticos ou consulares, mesmo nos paíss em que a intervenção destes agentes não é admittida pelo direito *commum* <sup>1</sup>.

Ainda a nova proposta foi approvada pela conferencia, votando-se o art. 2.º sob esta fórma, que é tambem a da convenção.

## Art. 2.º

*Texto da convenção*

La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers, qui serait contraire à ses dispositions concernants :

1.º Les degrés de parenté ou d'alliance pour les quels il y a une prohibition absolue;

2.º La prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison du quel le mariage de l'un d'eux a été dissous;

3.º La prohibition absolue de se marier, édictée contre des personnes condamnées

## Art. 2.º

*Traducção official*

A lei do logar da celebração pode prohibir o casamento dos estrangeiros que fôr contrario ás suas disposições referentes:

1.º Aos graus de parentesco ou afinidade, para os quaes houver uma prohibição absoluta.

2.º Á prohibição absoluta de se casarem os culpados de adulterio, por effeito do qual tiver sido dissolvido o casamento dum delles.

3.º Á prohibição absoluta de se casarem pessoas condemnadas por terem, de com-

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 172.

pour avoir, de concert, attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles.

Le mariage célébré contrairement à une des prohibitions mentionées ci-dessus ne sera pas frappé de nullité, pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée pour l'article premier.

Sous la réserve de l'application du premier alinea de l'article 6.º de la présente convention, aucun État ne s'oblige à faire célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré.

mum accordo, attentado contra a vida do conjuge duma dellas.

O casamento celebrado em contravenção de qualquer das prohibições supramencionadas não incorrerá em nullidade, contanto que seja valido segundo a lei a que se refere o art. 1.º

Sob a reserva da applicação da primeira alinea do art. 6.º da presente convenção, nenhum estado contractante se obriga a fazer celebrar um casamento que, em razão de casamento anterior ou de obstaculo de ordem religiosa, fôr contrario ás suas leis. A violação dum impedimentt desta natureza não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países que não naquelle em que o casamento houver sido celebrado.

Neste artigo contêm-se as modificações com que a lei do logar da celebração do casamento pode alterar a applicação da lei nacional, como lei competente para determinar o systema dos impedimentos matrimoniaes, no sentido de ampliar esse systema de impedimentos. Com esta disposição procurou a conferencia, a um tempo, salvar o interesse publico do estado local, e determinar com precisão os casos em que a lei

local podia, em nome da ordem publica, modificar a acção da lei nacional para o effeito de restringir a permissão de contrair casamento, fixando os casos de restricção e estabelecendo a competente sancção.

b) As conferencias de 1893 e de 1894 não reconheciam a necessidade de a lei do logar da celebração restringir o systema de impedimentos da lei nacional e porisso estabeleceram o principio de que no estado da celebração deviam ser respeitadas todos os impedimentos formulados pela mesma lei nacional.

A commissão de 1900 seguiu outra orientação. Intendeu que a ordem publica local tambem podia exigir que não fossem respeitados alguns dos impedimentos da lei nacional e que o casamento pudesse ser celebrado apesar da existencia desses impedimentos. Formulou nesse sentido uma proposta, que foi integralmente approvada pela conferencia e se converteu no art. 3.º da convenção.

#### Art. 3.º

##### *Texto da convenção*

La loi du lieu de la celebration peut permettre le mariage des étrangers non obstant les prohibitions de la loi indiquéé por l'article premier, lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux.

Les autres états ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances.

#### Art. 3.º

##### *Traducção official*

A lei do logar da celebração pode permittir o casamento dos estrangeiros sem embargos das prohibições da lei a que se refere o art. 1.º, quando essas prohibições forem exclusivamente fundadas em motivos de ordem religiosa.

Os outros estados tẽem o direito de não reconhecer como valido o casamento celebrado nestas circunstancias.

Nas suas observações ao projecto de programma da conferencia de 1900, a Belgica e a França propuseram, a primeira — «as prohibições formuladas pela lei nacional não serão applicaveis se, segundo a lei do logar da celebração do casamento, forem consideradas como contrarias á ordem publica», e a segunda — «as prohibições estabelecidas pela lei dos esposos contrarias ao direito publico do país da celebração não impedirão ahi o casamento»<sup>1</sup>. A commissão acceitou a ideia fundamental destas propostas, procurando justificá-la e dar-lhe um character preciso para eliminar o arbitrio na sua applicação.

«Os delegados da Belgica e da Suissa, diz o relatorio, mostraram que a observancia de certas prohibições estabelecidas pelas leis estrangeiras seria incompativel com as prescripções das suas constituições que, por exemplo, não admittem que haja distincções derivadas da religião dos individuos. O direito publico do país seria derespitado num ponto essencial, se um casamento fosse prohibido simplesmente por virtude duma differença de religião. Se em França não ha disposição constitucional expressa, como na Belgica e na Suissa, o principio da secularização do estado civil, e o da liberdade de consciencia estão estabelecidas com nitidez bastante para se poder affirmar que a opinião publica não admittiria que se recusasse o casamento de duas pessoas só porque uma era catholica e a outra israelita. Se se attende á ordem publica do país da celebração quando se trata de impedir um casamento conforme á lei nacional, porque não attender tambem á ordem publica quando se trata de deixar celebrar um casamento que seria contrario á lei nacional? Notou-se, é verdade, e com razão, que não havia identidade entre os dois casos. É mais grave prestar o concurso dos agentes do estado a um acto que se reprova, do que impedir simplesmente que certo acto seja

<sup>1</sup> *Documents III*, pag. 8.

praticado no territorio. Porisso, pode um país, sem se pôr em contradicção consigo mesmo, não se obrigar, por um lado, a fazer celebrar um casamento contrario ás suas convicções (esta attitude é-lhe reservada pelo art. 2.º), e não permittir que se viole directamente a lei nacional que deve ser respeitada na medida do possivel. Nós conhecemos os estados com quem nos propomos contractar, disse o delegado da Allemanha, e estamos em boa sociedade. Podemos obrigar-nos a respeitar todos os impedimentos admittidos pelas leis dos nossos associados. Mas se a Allemanha podia fazê-lo, alguns outros estados não tinham esta liberdade, sem que, por isso, a sua attitude represente uma censura á legislação dos outros estados, pois apenas se dá a opposição de sentimentos igualmente explicaveis por considerações sociaes, politicas e religiosas. Porque duas regras são absolutamente contrarias, não significa isso necessariamente que uma é boa e a outra é má; pode cada uma convir exactamente ao meio para que foi feita. Eis o que não deve perder-se de vista na comparação das diversas legislações».

«O que o delegado da Allemanha criticava principalmente nas emendas da França e da Belgica, continua o relatorio, era o character vago da noção de *ordem publica* ou de *direito publico*, que pode ser apreciada pelos juizes muito differentemente segundo os tempos e os paes. Um país não pode saber antecipadamente em que medida os seus nacionaes serão obrigados a respeitar no estrangeiro os impedimentos matrimoniaes que elle considerou necessarios. A esta incerteza junta-se outra, ainda mais grave, ácerca do destino do casamento que fôr celebrado nestas condições. Será naturalmente valido no país da celebração. Será por certo nullo no país de origem, ao qual não pode impôr-se que admitta a violação das suas leis como uma coisa regular. E como considerarão tal casamento os outros estados?

«Foi attendida a justa preocupação do delegado allemão,

pois, á noção abstracta e vaga de direito publico e de ordem publica, substituiu-se, por inativa do delegado suiso, a indicação precisa da natureza das prohibições que o país da celebração poderá deixar de respeitar. Trata-se das prohibições fundadas exclusivamente em motivos de ordem religiosa. Isto restringe muito a faculdade deixada ao país da celebração, mas, na medida admittida, esta faculdade é indispensável para que certos países possam aceitar a convenção. Quanto ao valor do casamento, a maioria da commissão admittiu que todos os estados, que não o da celebração, teriam o direito de não reconhecer a validade do casamento. Como se disse acima, isto é natural para o país de origem. Já é, porém, menos necessário para os outros países, e, porisso, alguns membros da commissão desejavam que não houvesse reserva senão para o país de origem. É certamente prejudicial e contrario ao espirito do projecto que um casamento seja valido num país e nullo ou annullavel nos outros países. Mas este resultado não podia evitar-se, desde que se pretendia conciliar em certa medida o respeito devido á legislação nacional e o respeito devido á legislação do logar da celebração. Além disso, deve notar-se que a situação considerada será muitas vezes a de individuos que, sem perder a nacionalidade de origem, se estabeleceram definitivamente em país estrangeiro e não têm relações senão neste país. Deverão impôr-se-lhes perpetuamente as prohibições formuladas pela lei nacional e desconhecidas no logar em que se encontram? O que lhes importa é que o seu casamento seja valido no país onde vivem. A incerteza sobre o valor do casamento nos demais países terá, na maior parte dos casos, apenas inconvenientes theoreticos; foi o que permittiu aceitar com menos repugnancia o resultado da transacção que está consignada no art. 3.º do Projecto»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Actes III, pag. 173 e 174.

DIR., 19.ª CAD.

Visto como, segundo a convenção, o systema de impedimentos da lei nacional ou da lei a que esta se refira pode ser ampliado ou restringido pela lei do logar da celebração, estudemos de modo especial o alcance de semelhantes ampliações ou restricções.

99. O art. 2.º da convenção é dominado pelo principio geral de que a a lei do logar da celebração *pode prohibir* o casamento dos estrangeiros nos casos *taxativamente indicados* no mesmo artigo.

As conferencias da Haya intenderam que não podia impôr-se a nenhum dos estados contractantes a obrigação de permitir um casamento contrario ás suas leis de interesse e ordem publica, mas egualmente intenderam que a permissão ou prohibição do casamento de estrangeiros pela lei local não podia ficar á mercê do arbitro do legislador ou dos tribunaes locais consignando-se apenas a regra vaga e indeterminada de que o casamento de estrangeiros poderia ser prohibido quando contrario ao *direito publico* ou á *ordem publica*, e porisso determinaram os casos em que a prohibição podia ter logar.

Ainda as conferencias intenderam, e com razão, que não podia impôr-se aos estados contractantes a *obrigação de prohibir* o casamento em certos e determinados casos, mas só conceder-se-lhes o *direito* de o fazer, e porisso se empregou a fórmula — a lei do logar da celebração *pode prohibir*, em vez da fórmula proposta pelo delegado belga — *serão igualmente applicaveis* aos casamentos de estrangeiros as disposições da lei do logar da celebração referente. . . , por esta formular ter character imperativo. «A commissão, diz o relatorio, pensou que não havia necessidade de declarar estas disposições applicaveis de pleno direito aos estrangeiros e que bastava dar ao país da celebração a faculdade de as applicar; se este país fôr menos susceptivel para os estrangeiros do que para os nacionaes e quiser consentir

que os primeiros se casem em condições em que os segundos não poderiam fazê-lo, não ha razão alguma para o impedir»<sup>1</sup>. Effectivamente, só o estado da celebração é juiz da applicação ou não applicação aos estrangeiros dos impedimentos estabelecidos pela lei local para os subditos do país, pelo que se lhe deve deixar livre oppô-los ou não ao casamento de estrangeiros, embora deva considerar-se verosimil, como notava a commissão de 1900, que as prohibições enumeradas no artigo sejam, nos países que as admittem, applicadas a todas os casamentos<sup>2</sup>.

Quis assim a convenção estabelecer uma faculdade para os estados contractantes. Como intender, porém, a fórmula — *pode prohibir*? Significará que os estados que assignaram e ratificaram a convenção precisam, para applicar aos estrangeiros as suas leis que formulem as prohibições previstas no art. 2.º da convenção, de estabelecer formalmente numa lei que com effeito essas disposições são extensivas aos estrangeiros? Ou significará que, depois da convenção entrar em vigor, o art. 2.º representa o limite maximo da applicação do direito local aos estrangeiros?

Entre os estados signatarios da convenção: a Suecia usou numa lei da faculdade conferida pelo art. 2.º da convenção, a já citada lei de 8 de julho de 1904, cujo art. 2.º, alinea 2.ª, determina — «Todavia um subdito estrangeiro casado não poderá, em caso algum, contraír casamento perante uma auctoridade sueca; o casamento não poderá tão pouco ser contraído entre pessoas parentes nos grrus previstos pelos artt. 1.º e 2.º do codigo matrimonial (consanguineos em qualquer grau da linha recta e no segundo e terceiro da linha collateral), ou affins nos

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 171.

<sup>2</sup> *Actes III*, pag. 171.

graus previstos no art. 4.º do mesmo capitulo (quaesquer affins na linha recta)»<sup>1</sup>; e na Austria, o projecto de lei apresentado ao parlamento para a approvação das convenções de 1902 dispõe — «Um casamento entre estrangeiros que, segundo o art. 1.º da convenção sobre o casamento, poderia ser contraído, mas que esteja em opposição com as disposições das leis austriacas relativas aos impedimentos indicadas na primeira e na ultima alinea do art. 2.º da mesma convenção, não poderá ser celebrado perante os officiaes internos competentes para celebrar casamentos»<sup>2</sup>. O procedimento destes dois estados parece indicar que o pensamento da convenção seria que, para aos estados signatarios aproveitar a permissão do art. 2.º da convenção, deveriam promulgar uma lei em que expressamente applicassem aos estrangeiros os impedimentos indicados naquelle artigo.

Comtudo, a Suissa, em circular do conselho federal aos governos cantonaes de 7 de setembro de 1905 sobre a convenção, considerou applicaveis aos casamentos de estrangeiros as prohibições do art. 2.º da mesma convenção sem necessidade duma lei para esse effeito, pois diz — «Como os impedimentos do casamento do direito suisso derivados do parentesco são applicaveis tambem aos subditos dos estados contractantes, segundo o art. 2.º da convenção, um allemão não poderá, por exemplo, casar com uma sobrinha na Suissa, ainda que a sua lei nacional lho permitta»; e na Allemanha, o relatorio apresentado ao Reichstag sobre a convenção de 1902 dizia — «Quanto ao casamento de estrangeiros na Allemanha, o art. 2.º tem pouca importancia, porque, dos impedimentos estabelecidos pelo código civil, o de adulterio não é absoluto, e os de conju-

<sup>1</sup> *Revue de droit int. priv., e dir. pen. int.*, 1908, pag. 519.

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 446.

gicídio e de natureza religiosa não são reconhecidos pelo direito germanico, restando porisso apenas os de parentesco e afinidade (artt. 1310.º e 1311.º), os quaes nem em todos os estados se encontram estabelecidos», e acrescentava — «Faltam disposições especiaes que declarem taes impedimentos (parentesco e afinidade) applicaveis aos estrangeiros, e porisso deverá julgar-se, como antes da convenção, tomando por base o art. 30.º da lei de introdução do codigo civil, se em taes casos deverá ser prohibido o casamento aos estrangeiros»<sup>1</sup>, o que mostra que o governo allemão entendeu o art. 2.º da convenção no sentido de que esse artigo veio simplesmente estabelecer o limite até ao qual cada um dos estados contractantes podia, ou em virtude do direito existente ou em virtude de novas leis, applicar aos estrangeiros impedimentos matrimoniaes do direito local, isto é, no sentido de que o artigo vinha determinar até onde as leis locaes sobre impedimentos podiam continuar a ser, ou ser de novo, applicaveis aos estrangeiros como leis de ordem publica, visto o referido art. 30.º dispôr — «A lei estrangeira não será applicada se fôr contraria aos bons costumes ou ao fim duma lei allemã».

Parece-nos que a Suissa e a Allemanha deram á convenção a sua verdadeira interpretação. As conferencias da Haya não pretenderam senão determinar os casos em que ao casamento de estrangeiros podiam oppôr-se os impedimentos do direito local, e o artigo 2.º, sem distinguir entre o direito local existente e o direito local futuro, apenas estabelece os termos em que este direito pode ser applicavel aos estrangeiros. A disposição geral do art. 2.º equivale a dizer que a convenção só permite que se applique aos estrangeiros o direito local nos casos estabelecidos no mesmo artigo. Portanto, se o direito applicavel

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 169.

aos estrangeiros era mais amplo que aquillo que permite a convenção, ficou restringido, se era menos amplo, pode o estado ou manter a mesma situação ou, querendo alargar as prohibições, só pode ir até ao limite estabelecido pelo art. 2.º

Sendo assim, cada um dos estados contractantes applicará aos estrangeiros os impedimentos indicados no art. 2.º em harmonia com as regras do direito local ácerca da territorialidade das disposições legais sobre impedimentos. Se, porisso, houver no direito local disposições expressas ácerca da sujeição dos estrangeiros a certos impedimentos, como acontece na Hungria e na Italia, applicar-se-ão essas disposições até ao limite estabelecido no art. 2.º; se não houver disposições expressas e apenas fôr reconhecido o principio geral da territorialidade das leis de ordem publica, applicar-se-á esse principio segundo o criterio aceite na jurisprudencia ou na doutrina para determinar quaes são os impedimentos de ordem publica, tambem até áquelle limite <sup>1</sup>.

100. O primeiro caso em que a lei do logar da celebração pode prohibir o casamento de estrangeiros é o destes serem parentes ou affins num grau para que haja uma prohibição absoluta, isto é, o caso de haver *parentesco por consanguinidade ou affinidade que constitua um impedimento dirimente que não admitta dispensa*.

A força da fórmula — *prohibição absoluta* é, assim, que o impedimento seja dirimente e que não admitta dispensa. Que o impedimento deve ser dirimente, mostra-o o trecho acima transcripto do relatorio da commissão de 1900 relativo á sancção das prohibições dos tres n.ºs da alinea 1.ª do art. 2.º, onde a commissão nota que se esforçou para chegar a uma solução

---

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 170.

que evitasse a *nullidade* do casamento, solução que apparece na alinea 2.<sup>a</sup> daquelle artigo, pois só os impedimentos dirimentes produzem nullidade; e que o impedimento deve ser dirimente e não deve admittir dispensa, disse-o claramente a commissão de 1893. «O primeiro caso previsto é aquelle em que o casamento seria contrario á lei local no que respeita aos graus de parentesco ou de affinidade; e mesmo sobre este ponto a convenção propõe uma distincção. Trata-se dum impedimento radical, tal que não possa ser dispensado? Uma disposição deste genero tem um character de ordem moral absoluta que impede que um casamento possa ser celebrado entre estrangeiros contrariamente a esta disposição. Trata-se dum impedimento que possa ser dispensado? A disposição já não tem character absoluto, é duma ordem mais contingente e já não ha a mesma razão para o impôr aos estrangeiros»<sup>1</sup>.

A convenção pernitte que a lei local opponha ao casamento de estrangeiros o impedimento de parentesco e affinidade que não admitta dispensa, e porisso respeita esse impedimento tal como elle é estabelecido pela mesma lei local, devendo logicamente ser esta a lei competente para determinar as fórmulas do parentesco e affinidade que constituem o impedimento.

Qual será, porém, o alcance da palavra *parentesco*? Designará simplesmente a *consanguinidade*, ou indicará tambem o parentesco civil da adopção e a *cognatio spiritualis*?

A commissão de 1894 referiu-se ao assumpto nos termos seguintes: «Tambem appareceram duvidas ácerca do sentido das palavras: *disposições referentes aos graus de parentesco ou affinidade*. A commissão julga que este sentido é muito amplo. O pais da celebração tem o direito de fazer respeitar

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 47.

os seus impedimentos absolutos em razão do parentesco ou da afinidade, quer se trate de laços produzidos pelo casamento, por uma união ilegítima ou pela adopção; é a sua legislação que serve aqui de regra<sup>1</sup>.

Não obstante isto, BUZZATI intende que a palavra *parentesco* não abrange o vinculo de adopção, pela dupla razão de que aquella palavra indica a communitade de sangue e não a relação civil de adopção, e de que, restringindo o artigo 2.º dentro de limites bastante estreitos o direito de o estado de celebração impôr os seus impedimentos aos estrangeiros, interpretar o n.º 1.º daquelle artigo extensivamente, de modo a compreender tanto o parentesco natural como o civil, seria contrario ao espirito e fim do do mesmo artigo. BUZZATI poderia porventura accrescentar que, empregando-se na fórmula as palavras *parentesco* e *afinidade*, parece ter havido o proposito de dar á palavra *parentesco* o significado estricto de *consanguinidade*.

A fórmula *parentesco ou afinidade* apparecia já no projecto da commissão de 1893, que não a explicou, e igualmente existia no artigo votado por aquella conferencia e ao qual se refere a passagem da commissão de 1894 acima transcripta. Nunca mais se falou no assumpto, sendo a fórmula votada sem discussão pelas conferencias de 1894 e 1900. Não deverão, pois, as palavras da commissão de 1894 considerar-se como a explicação official da fórmula, e, conseguintemente, não deverá compreender-se na palavra *parentesco* o laço de adopção desde que este crie um impedimento dirimente que não admitta dispensa? Parece-nos que, só intendendo assim a palavra *parentesco*, se dará aos trabalhos preparatorios da convenção o valor que elles devem ter. Nem se diga que assim se contraria

---

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 48.

o pensamento do artigo 2.<sup>o</sup>, pois aquellas palavras da comissão de 1894 seguem-se a outras com que a comissão rejeitou as propostas para se admittir a fórmula vaga *impedimentos de ordem publica* e com que tambem manifestou o pensamento de circunscrever dentro de apertados limites o direito do estado da celebração.

Deverá dizer-se, porém, o mesmo da *cognatio spiritualis*? A comissão declarou que a fórmula tinha um sentido *muito amplo*, que comprehendia as relações produzidas pelo casamento, por uma *união illegitima* ou pela *adopção*, e que era a legislação local que deveria servir de regra, o que parece dar a entender que a indicação das relações de parentesco creadas pelo casamento, por uma união illegitima ou por adopção tem character exemplificativo, e que porisso o estado da celebração pode oppôr ao casamento de estrangeiros todos os impedimentos que as suas leis formulem por virtude de qualquer relação de parentesco espiritual, uma vez que os impedimentos sejam dirimentes e não admittam dispensa.

Referindo-se, pois, a fórmula a qualquer especie de parentesco e sendo a legislação local a competente para determinar os respectivos impedimentos, ainda essa legislação será competente para *qualificar* as relações de consanguinidade, afinidade, adopção ou de parentesco espiritual que constituem impedimento. Se, porisso, houver na legislação local impedimentos que não correspondam ao conceito geral de afinidade — parentesco entre um dos conjuges e os parentes consanguineos do outro — mas que effectivamente a mesma legislação local qualifique como impedimentos de afinidade, esses impedimentos devem considerar-se respeitados pela convenção.

Assim o codigo allemão (art. 1310.<sup>o</sup>, alinea 2.<sup>a</sup>) prohibe o casamento entre duas pessoas uma das quaes tenha tido relações sexuaes com o pae, mãe, avós ou descendentes da outra, e, segundo o direito sueco, o filho não pode casar com a mãe

da mulher do pae, enquanto este vive <sup>1</sup>, dando-se no primeiro caso uma relação de afinidade natural e no segundo uma relação de afinidade de segunda ordem, relações que não cabem no conceito commum de afinidade, mas que são por certo relações de afinidade segundo o direito allemão e sueco e que porisso se devem considerar visadas pela convenção.

101. O segundo caso em que a lei do logar da celebração pode prohibir o casamento de estrangeiros é o de haver nessa lei — *a prohibição absoluta de se casarem os culpados de adulterio por effeito do qual tenha sido dissolvido o casamento dum delles.*

Ainda este impedimento deve ser dirimente e não admittir dispensa. Que o impedimento deve ser dirimente, deriva do já referido trecho do relatorio da commissão de 1900, que diz respeito aos tres numeros da alinea 1.<sup>a</sup> do artigo, e que não deve admittir dispensa, resulta da redacção do n.º 2.º comparado com o tambem já citado trecho do relatorio da commissão de 1893. Porque para esta commissão *prohibição absoluta* significava um impedimento que não admite dispensa, e porque a conferencia de 1894, introduzindo o caso do actual n.º 2.º, usou a mesma fórmula *prohibição absoluta*, sem que se dissesse coisa alguma ácerca da sua significação, deve entender-se que a fórmula tem no n.º 2.º o sentido que lhe dava a commissão de 1893.

Mas em que condições pode o adulterio impedir o casamento de estrangeiros?

É necessario que o adulterio tenha sido causa da dissolução do casamento, isto é, causa de divorcio. Se porisso tiver havido adulterio, mas o casamento tiver sido dissolvido por outro

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 36.

motivo, já o adulterio não obstará ao casamento de estrangeiros.

É necessario ainda, como consequencia, que o adulterio seja verificado num julgamento que por tal motivo pronuncie a dissolução do casamento. Disse-o SECKENDORFF, em resposta a PIERANTONI, na conferencia de 1894, sem que ninguem contestasse a sua affirmacão. Como PIERANTONI perguntasse se, no caso que analysamos, era necessario um julgamento por adulterio, SECKENDORFF respondeu: «as palavras — por effeito do qual tiver sido dissolvido o casamento dum delles — implicam necessariamente a existencia duma sentença judiciaria»<sup>1</sup>.

Mas, podendo o adulterio ser ou causa de condemnação penal ou motivo de acção civil para a dissolução do casamento, será indispensavel que tenha havido condemnação penal por adulterio, visto o artigo fallar em *culpados* de adulterio, ou bastará que o adulterio seja verificado na acção civil de divorcio? Parece sufficiente que o adulterio seja verificado na acção civil de divorcio. Em primeiro logar, o contexto mostra que a convenção quis basear o impedimento no adulterio que determinasse a dissolução do casamento. Depois, se se exigisse a condemnação por adulterio, diria o n.º 2.º, á semelhança do n.º 3.º, *condemnados por adulterio*, e não simplesmente culpados de adulterio. Por fim a fórmula do texto francês *coupables de l'adultere* indica que a convenção pretendeu referir-se aos *auctores* do adulterio de que resultou a dissolução do casamento<sup>2</sup>.

Conhecido o pensamento do n.º 2.º do art. 2.º, estudemos as suas applicações no estado actual da legislação dos estados contractantes.

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 44.

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 177.

Na Belgica, França, Luxemburgo e Rumania <sup>1</sup>, existe o impedimento como o prevê a convenção, e portanto poderá esse impedimento obstar ao casamento de estrangeiros dos outros estados contractantes.

Na Austria, apenas existe o impedimento, previsto na convenção, para as pessoas a quem é permittido o divorcio, isto é, para as pessoas que não pertencem a uma igreja legalmente reconhecida <sup>2</sup>. Embora não seja um impedimento de caracter geral, é absoluto nos termos da convenção, isto é, dirimente e sem dispensa, e porisso poderá a Austria applicá-lo a estrangeiros que não pertençam a uma igreja legalmente reconhecida naquelle país.

Na Hollanda, cujo codigo civil admittre o divorcio por adulterio (art. 264.º) e prohibe para sempre o casamento entre o conjuge condemnado por adulterio e o seu cúmplice (art. 89.º), poderá certamente applicar-se a convenção quando se conjuguem as duas condições de haver condemnação por adulterio e deste haver resultado a dissolução do casamento.

Na Allemanha, na Hungria e na Suecia apparece o impedimento de adulterio, mas ou é impediante (Hungria) ou admittre dispensa (Allemanha, Hungria e Suecia) e, porisso não é, segundo a convenção, applicavel aos estrangeiros <sup>3</sup>.

Na Suissa, o conjuge divorciado não pode casar antes de passar um anno depois do divorcio, podendo o tribunal que pronunciar o divorcio ampliar aquelle prazo a dois annos, e até tres se a causa fôr o adulterio (cod. civ., artt. 104.º e 150.º). Este impedimento, além de temporario, não é absoluto

<sup>1</sup> Codd. civv., belg, fr. e lux., art. 298.º, rum., art. 279.º

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 179.

<sup>3</sup> Codd. civv., all., art. 1312.º, e hol., art. 89.º; lei hung., 1894, art. 20.º; *Actes III*, pag. 36.

nos termos da convenção, pois é impediante, não se annullando o casamento contraído antes daquelles prazos (cod. cit., art. 130.<sup>o</sup>), e porisso não será applicavel aos estrangeiros.

A Hespanha prohibe de modo absoluto o casamento entré adulteros condemnados por sentença passada em julgado<sup>1</sup>. Não reconhece, porém, a legislação espanhola o divorcio e porisso não pode dizer-se que exista nesta legislação o impedimento previsto pela convenção, já que esta exige que a prohibição exista para o caso de adulterio de que resulte a dissolução do casamento.

Em Portugal existe o impedimento (cod. civ., art. 1058.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup>), mas, além de não haver o divorcio, o impedimento é impediante (cod. cit., art. 1059.<sup>o</sup>) e porisso não poderia ser applicavel a estrangeiros.

Na Italia não é reconhecido o impedimento de adulterio.

De modo que, dos estados contractantes, a Belgica, França, Luxemburgo e Rumania podem applicar em toda a sua extensão o n.<sup>o</sup> 2.<sup>o</sup> da alinea 1.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>; a Austria pode applicá-lo a estrangeiros não catholicos; a Hollanda só pode applicá-lo quando o adulterio fôr ao mesmo tempo causa de condemnação penal e causa de divorcio; nos outros estados não poderá ter applicação enquanto conservarem a sua actual legislação.

102. Pode, em terceiro logar, a lei do estado da celebração prohibir o casamento de estrangeiros, se na mesma lei houver — a *prohibição absoluta de se casarem as pessoas condemnadas por terem, de commum accordo, attentado contra a vida do cônjuge duma dellas.*

Tambem este impedimento deve ser dirimente e não admit-

<sup>1</sup> Cod. civ., art. 84.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 7.<sup>o</sup>

tir dispensa. Procedem aqui as razões que apresentamos no n.º antecedente. Ao n.º 3.º do art. 2.º applica-se a passagem do relatorio da commissão de 1900, passagem relativa aos tres n.ºs do artigo, e applica-se a passagem do relatorio da commissão de 1893, embora aquelle n.º 3.º fosse introduzido pela commissão de 1900, pois se usou ainda a fórmula *prohibição absoluta* sem explicações, e porisso se conclue que se lhe ligou o sentido que lhe fôra attribuido em 1893.

Para que o direito local possa prohibir o casamento de estrangeiros, nos termos do n.º 3.º, é necessario, além da existencia duma prohibição absoluta, que se verifiquem as seguintes condições:

a) *Attentado* contra a vida do conjuge duma das pessoas que pretendem contraír casamento. O attentado pode ser constituido pelo crime consumado, pelo crime frustrado ou pela simples tentativa, pois que a convenção não estabelece distincção.

b) *Accordo* entre as mesmas pessoas para realizarem o attentado. Deve porisso haver entre essas pessoas *cauctoria* ou, pelo menos, *cumplicidade* no intento criminoso.

c) Que as mesmas pessoas tenham sido *condemnadas* pelo crime commetido.

O *impedimentum criminis* constituido pelo attentado contra a vida do conjuge duma das pessoas que pretendem casar-se existe, quanto aos estados contractantes, na legislação austriaca, hespanhola, hungara, italiana e portuguesa<sup>4</sup>. A Hespanha e a Hungria estabelecem precisamente um impedimento como o previsto pela convenção. A Austria e a Italia são mais rigorosas e prohibem o casamento mesmo quando não haja

<sup>4</sup> Codd. civv., aust, art. 68.º, hesp., art. 81.º, n.º 8.º, it., art. 62.º, port., art. 1058.º, n.º 4.º, lei hung., art. 13.º

accordo entre o criminoso e o conjuge da victima. Comtudo, pela convenção, os dois países só poderão oppôr tal impedimento ao casamento de estrangeiros quando exista esse accordo. Em Portugal exige-se o accordo, mas o impedimento é meramente impediente, e porisso não poderá, segundo a convenção, applicar-se aos estrangeiros <sup>1</sup>.

103. Depois de determinar os impedimentos pelos quaes a lei local pode prohibir o casamento dos estrangeiros, declara o art. 2.º qual o valor do casamento celebrado apesar da existencia desses impedimentos, isto é, estabelece a sanção que deriva da transgressão da lei local pela realização de semelhante casamento.

As duas primeiras conferencias não haviam determinado o valor do casamento celebrado, por erro ou por qualquer outra circumstancia, na hypothese de na lei local haver alguma das prohibições que, em harmonia com a alinea 1.ª do art. 2.º, podem applicar-se aos estrangeiros.

A commissão de 1900, porém, considerando que tal casamento seria apreciado de modo differente no estado da celebração, que o julgaria nullo, applicando-lhe a sanção normal das mesmas prohibições, no estado de origem, que o declararia valido, por ser conforme ás suas leis, e em terceiros estados,

---

<sup>1</sup> Como observação geral ao que dissemos da legislação austriaca a proposito dos tres n.ºs da alinea 1.ª do art. 2.º, devemos notar que o codigo civil austriaco estabelece o principio (art. 83.º) de que pode pedir-se dispensa dos impedimentos matrimoniaes, mas não indica quaes são os impedimentos que podem ser dispensados. Porisso, para saber até onde podem ser applicados aos estrangeiros os impedimentos da lei austriaca, é necessario verificar quaes são os impedimentos que, segundo a pratica administrativa e a jurisprudencia, não são susceptiveis de dispensa (BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 175).

que, não tendo razão alguma decisiva para o annullar, o considerariam nullo ou valido segundo as circunstancias, reconheceu a necessidade de precisar o valor do mesmo casamento e, sem acceitar a proposta da Austria que insistia por que o casamento fosse nullo no estado de celebração, nem se contentando com a proposta da Allemanha, que apresentou uma emenda no sentido de o casamento poder ser considerado valido pelo estado de origem e por terceiros estados, propôs á conferencia que o casamento não incorresse em nullidade uma vez que fosse valido segundo a lei indicada pelo art. 1.º, e que assim os impedimentos indicados nos tres numeros da alinea 1.ª do artigo fossem pelo estado de celebração consideradas, relativamente a estrangeiros, como meramente impedientes.

De modo que a lei local pode prohibir o casamento de estrangeiros quando entre estes haja os impedimentos de parentesco, adulterio ou de conjugicídio, sempre que estes impedimentos forem pela mesma lei local dirimentes e sem dispensa, mas a convenção converte taes impedimentos, de dirimentes, em impedientes, e, porisso, se, apesar da sua existencia, o casamento se realiza, é valido mesmo no estado de celebração, se fôr valido segundo a lei nacional dos conjuges ou segundo a lei a que a mesma lei nacional se refira.

Como bein nota BUZZATI, a alinea 2.ª do art. 2.º não é uma regra de direito internacional privado, mas uma regra de direito civil uniforme, pois não determina a competencia legislativa dos varios estados em materia de nullidades do casamento, mas substitue ás differentes disposições ahí em vigor acerca da nullidade e annullabilidade do casamento uma norma unica para os casos previstos nos tres numeros do art. 2.º<sup>1</sup>. Neste ponto, a conferencia excedeu certamente o

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag. 203.

fim que se propunha, que era estabelecer regras uniformes de conflicts <sup>1</sup> e não regras de direito civil uniforme. E, se seguiu uma doutrina favorável á validade do casamento, desviou-se do rigor dos principios do direito internacional privado, pois, se os estados representados na conferencia reconheciam a competencia da lei local para, em determinados casos, prohibir o casamento de estrangeiros, e se esses casos se limitavam ás prohibições da lei local que apresentassem um caracter de *ordem moral absoluta*, como dizia a commissão de 1893 <sup>2</sup>, era logico que a sancção da transgressão de taes prohibições fosse tambem estabelecida pela lei local e que o casamento fosse nullo em toda a parte. Tira-se assim com uma mão o que se dá com a outra e abre-se o caminho para inutilizar praticamente o principio do respeito pelas prohibições absolutas da lei do logar da celebração. Como ainda nota BUZZATI, quando se esperava uma sancção severa, verifica-se que «la dura proibizione è una miserabile *lex imperfecta*, niente piu che uno spaventapasseri» <sup>3</sup>.

104. Segundo a alinea 3.ª do art. 2.º, — *nenhum dos estados contractantes é obrigado a fazer celebrar um casamento que, em razão de casamento anterior ou de obstaculo de ordem religiosa, fôr contrario ás suas leis.*

Indica, assim, esta alinea do art. 2.º novos impedimentos que o estado local pode oppôr ao casamento de estrangeiros.

Em dois pontos, porém, o impedimento de *casamento anterior* e os impedimentos de ordem religiosa differem, no seu valor juridico, dos impedimentos enumerados na alinea 1.ª do artigo.

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 26, e *Actes III*, pag. 80.

<sup>2</sup> *Actes I*, pagg. 49.

<sup>3</sup> *Ob. cit.*, pag. 233.

DIR., 19.ª CAD.

Os impedimentos da alinea 1.<sup>a</sup> pode o estado local oppô-los *sempre* ao casamento de estrangeiros, isto é, tanto na hypothese de se pretender celebrar o casamento perante as auctoridades locais, como na hypothese de se pretender celebrá-lo perante as auctoridades diplomaticas e consulares residentes no país, nos termos em que essas auctoridades, segundo o art. 6.<sup>o</sup> da convenção, podem celebrar casamentos. Que os impedimentos da alinea 1.<sup>a</sup> obstam tanto aos casamentos celebrados perante a auctoridade local como aos celebrados perante as auctoridades diplomaticas ou consulares, mostra-o o facto de o art. 2.<sup>o</sup> permittir a prohibição do casamento, por esses impedimentos, dum modo absoluto, e de, relativamente aos impedimentos de casamento anterior e de ordem religiosa, restringir a prohibição aos casamentos celebrados perante a auctoridade local.

Além disso, a violação dos impedimentos da alinea 1.<sup>a</sup> não produz a nullidade do casamento em nenhum dos estados contractantes, ao passo que a violação dalgum dos impedimentos da alinea 3.<sup>a</sup> pode produzir a nullidade no estado de celebração.

Mas, se divergentes no seu valor juridico, approximam-se as duas ordens de impedimentos na attitude que podem assumir os estados contractantes quanto á sua applicação aos estrangeiros. Nem uns nem outros são applicaveis de pleno direito aos estrangeiros. Os estados contractantes tẽem a faculdade de os applicar ou de deixar de os applicar. Quanto aos primeiros é clara a fórmula *pode prohibir*, e quanto aos segundos não deixa duvidas a fórmula — *nenhum estado se obriga a fazer celebrar*, pois a não obrigação de fazer celebrar não envolve a obrigação de prohibir a celebração.

Feitas estas considerações de character geral, estudemos os novos impedimentos. Daremos o primeiro logar aos impedimentos de ordem religiosa, embora na convenção sejam indicados em segundo logar, pelo facto de, na formação do art. 2.<sup>o</sup>, como a explica a commissão de 1900, apparecerem primeiro

os impedimentos de character religioso, e de a justificação do impedimento de casamento anterior representar, no commentario da commissão, uma continuação logica da justificação dos impedimentos de character religioso.

d) *Impedimentos de character religioso.* Como dissemos acima, a Austria propunha que á enumeração do art. 2.º do projecto de programma se acrescentassem mais dois impedimentos — a *proibição absoluta* de casamento aos clerigos de ordens sacras e ás pessoas ligadas por voto solemne de celibato, — e a *proibição absoluta* do casamento entre christãos e não christãos.

A commissão de 1900, reconhecendo, por um lado, a repugnancia que deviam sentir os estados em deixar celebrar um casamento contrario ás disposições das suas leis que lhes parecessem dictadas pelo sentimento religioso, e julgando, por outro lado, demasiada severidade privar da faculdade de se casarem no estado de residencia individuos capazes segundo a sua lei nacional e só incapazes segundo disposições da lei local que eram rejeitadas pela maior parte dos estados representados na conferencia, aproveitou o pensamento da habil proposta de ASSER para que se dissesse que nenhum estado contractante se obrigava a fazer celebrar um casamento para o qual, em virtude dum obstaculo de ordem religiosa, não havia no seu territorio auctoridade nacional competente, e formulou o preceito de que nenhum dos estados contractantes se obrigava a fazer celebrar um casamento contrario ás suas leis em razão dum obstaculo de ordem religiosa.

Não procedeu, porém, a commissão em harmonia com a proposta austriaca, referindo o novo preceito aos impedimentos de ordem — *ordo*, de voto — *votum*, e differença de religião — *disporitas cultus*, mas falou genericamente de impedimentos de ordem religiosa.

Este preceito mereceu justamente a critica de KAHN e

BUZZATI, por não haver precisado os impedimentos de ordem religiosa pelos quaes cada um dos estados contractantes poderia impedir o casamento de estrangeiros perante as auctoridades locais.

KAHN, embora sustente que a fórmula *obstaculo de ordem religiosa* deve ser entendida em sentido estricto e applicada somente aos impedimentos que tõem connexão immediata com a confissão religiosa não só pela sua origem mas tambem pelo seu conteúdo, nota — que a fórmula adoptada dá aos estados que mandam regular o casamento catholico pelo direito canonico a possibilidade de applicarem, como obstaculos de ordem religiosa, todos os impedimentos canonicos aos estrangeiros catholicos que casem no seu territorio, — que a fórmula «ordem religiosa» tem nos estados de legislação confessional a mesma larga efficacia que tem nos outros estados a expressão «ordem publica» — e que, emfim, a conferencia, tendo repellido a adopção de fórmulas geraes, adoptou neste caso uma fórmula tão perigosa como aquellas que havia repellido <sup>1</sup>.

BUZZATI, concordando com a critica de KAHN, procura mostrar em face da historia e do espirito do art. 2.º que a fórmula «obstaculo de ordem religiosa» apenas compreende os tres impedimentos indicados pela Austria. Em primeiro lugar, os trabalhos preparatorios do artigo revelam que a commissão não teve em vista senão os tres impedimentos. Depois, o art. 2.º, como excepção ao principio geral do artigo primeiro, deve ser interpretado restrictivamente. Aquelle artigo limita a faculdade que os estados contractantes tinham e exerciam de applicar aos estrangeiros todos os impedimentos nacionaes, e porisso seria incoerente admittir que esse artigo quisesse reconhecer aos estados confessionaes uma faculdade ainda mais ampla que

---

<sup>1</sup> Cit por BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 183.

aquella que os mesmos estados confessionaes exerciam antes da convenção. Por fim, os estados de quem se podia recear que applicassem aos estrangeiros catholicos todos os seus impedimentos de ordem religiosa são a Hespanha e Portugal, e estes mesmos mostraram que intendiam a fórmula em sentido estricto, emquanto acceitaram o art. 2.º, em harmonia com o qual os impedimentos de ordem religiosa não poderão produzir nullidade fóra do estado de celebração, pois, se quisessem ter intendido a expressão «ordem religiosa» em todo o seu possivel rigor, não teriam admittido a ultima parte da alinea 3.ª do art. 2.º, donde resulta aquella doutrina.

Parece-nos que KAHN deu á fórmula o seu verdadeiro significado, intendendo-a como indicando os impedimentos que são de ordem religiosa, não pela sua origem canonica, mas pelo seu conteúdo, isto é, *pelos circumstancias de ordem religiosa* em que as pessoas se encontram. Eram de tal character os impedimentos propostos pela Austria e é o significado natural das palavras «obstaculo de ordem religiosa».

Será, porém, verdade que na fórmula só devem comprehender-se, como pensa BUZZATI, os impedimentos de ordem, voto e *disparitas cultus*. Em nosso intender, porque a commissão não fez uma enumeração *especifica*, mas apenas referiu os impedimentos de certo genero, e não disse, nem directa nem indirectamente, que somente se referia áquelles impedimentos, cabem na fórmula todos os impedimentos que, na linguagem de KAHN, sejam de conteúdo religioso.

Praticamente, porém, a questão é de somenos importancia, pois, nos estados signatarios, só apparecem como impedimentos de character religioso, no sentido que ligamos a esta expressão, a ordem, o voto, a *disparitas cultus* e a *cognatio spiritualis*.

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag. 184.

Os impedimentos de ordem e voto são reconhecidos na Austria, Hespanha, Hungria e Portugal<sup>1</sup>, o impedimento de *disparitas cultus* existe na Austria, onde não podem casar christãos com não christãos, em Portugal e Hespanha para o casamento catholico, que é regulado pelo direito canonico, segundo o qual não pode casar uma pessoa baptizada com outra que não o seja, e na Suecia, onde as pessoas, que não pertencem a uma confissão christã ou á religião mosaica, não têm meio de celebrar um casamento valido, e o impedimento da *cognatio spiritualis* é admittida em Portugal e Hespanha para o casamento catholico e na Rumania para o casamento civil<sup>2</sup>.

Os impedimentos de ordem e voto, — em Portugal, são impedientes quanto ao casamento civil e dirimentes quanto ao casamento catholico, sendo neste caso possivel dispensa nos termos do direito canonico, embora raras vezes concedida, — na Hespanha e na Hungria, são dirimentes com a admissão, porém, das dispensas canonicas — e só na Austria poderão revestir o caracter de dirimentes sem dispensa. O impedimento de *disparitas cultus*, em Portugal e Hespanha só existe para o casamento catholico e é regulado pelo direito canonico e porisso é susceptivel de dispensa, embora raras vezes dispensado; na Austria é dirimente, e na Suecia obsta absolutamente ao casamento por não haver auctoridade competente para casar o individuo que não seja christão ou não pertença á religião mosaica. A *cognatio spiritualis* é dirimente com a possibilidade de dispensa em Portugal e Hespanha e é impediente na Rumania.

<sup>1</sup> Na Rumania é ponto controvertido se são reconhecidos os impedimentos de ordem e voto, embora delles não fale o codigo civil. (BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 74).

<sup>2</sup> Sr. dr. MARTOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pag. 157 e segg.

Além disso, parece que os impedimentos a que a comissão quis referir-se na alinea 3.<sup>a</sup> do art 2.<sup>o</sup> devem ser dirimentes; embora devam compreender-se na fórmula tanto os impedimentos dirimentes que não admittem dispensa como aquelles que a admittiram.

A convenção não empregou a seu respeito a fórmula *prohibição absoluta*, que havia empregado para os impedimentos da alinea 1.<sup>a</sup>, e porisso não poderá dizer-se que se trata de impedimentos que não admittem dispensa, mas, ao estabelecer a sanção, na ultima parte daquella alinea, declarou que a violação desses impedimentos não pode produzir *nullidade* senão no estado de celebração, e porisso parece mostrar que se trata de impedimentos dirimentes, pois só estes produzem a nullidade do casamento.

Sendo assim, os impedimentos de ordem religiosa limitam-se, em numero, á ordem, voto, differença de religião e parentesco espirital, e, em países, á Austria, Hespanhá e Portugal, para a ordem, voto e *disparitas cultus*, a Portugal e Hespanha, para a *cognatio spiritalis*, e á Suecia, para a *disparitas cultus*, e portanto a fórmula pouco mais comprehende, sob o aspecto pratico, do que os impedimentos indicados na proposta austriaca.

Seria comtudo conveniente que o artigo indicasse especificadamente os impedimentos religiosos que o estado local podia oppôr ao casamento de estrangeiros, e bem assim dissesse se esses impedimentos deviam ser dirimentes e de que ordem, para não haver duvidas nem quanto ao numero de impedimentos nem quanto ás condições em que elles podiam obstar ao casamento.

Como dissemos acima, a convenção não obriga os estados contractantes a oppôr ao casamento dos estrangeiros os impedimentos de ordem religiosa e porisso podem aquelles estados

proibir ou permittir o casamento de pessoas em quem se dê algum desses impedimentos.

Embora não possa dizer-se com exactidão o uso que farão da faculdade estabelecida pela convenção os estados que reconhecem aquelles impedimentos, pode isso presumir-se approximadamente. A Austria prohibirá o casamento, pois no art. 1.<sup>o</sup> do projecto de lei para a approvação da convenção estabelece-se isso claramente. A Hespanha, se vier a ratificar a convenção, prohibirá certamente o casamento catholico, se não se obtiverem as necessárias dispensas canonicas, pois não se comprehende a celebração dum casamento catholico contrario ás leis da Igreja, e, relativamente ao casamento civil, desde que estabelece os impedimentos de ordem e de voto para os nacionaes como caracter de dirimentes, é de presumir que egualmente os applique aos estrangeiros desde que a convenção o permite. A Hungria tambem applicará provavelmente aos estrangeiros os impedimentos de ordem e de voto, pois os impedimentos existem para os nacionaes, fundam-se numa razão de interesse publico e porisso é de prever que se ampliem ao casamento de estrangeiros. Portugal prohibirá o casamento catholico, pela razão dada para a Hespanha, e permittirá o casamento civil, pois os impedimentos de ordem e voto são quanto a este casamento meramente impiedentes. A Suecia prohibirá o casamento, pois, embora a lei de 1904 não falle no impedimento de *disparitas cultus*, não existe naquelle país auctoridade competente para celebrar o casamento dum christão ou dum esraelita com um pagão.

105. e) Dos impedimentos de caracter religioso approximou a convenção em valor juridico o impedimento de *casamento anterior*.

Este impedimento foi estabelecido, segundo nota a commissão de 1900, em attenção aos países que não admittem o divorcio

para certas categorias de pessoas e para lhes attribuir a faculdade de não permittirem o casamento de estrangeiros divorciados <sup>1</sup>.

Portanto a fórmula «casamento anterior» equivale a est outra «casamento anterior dissolvido por divorcio».

Mas se foi este o pensamento da commissão, como claramente se infere das suas palavras, a indeterminação da fórmula presta-se a uma interpretação differente.

Não poderia certamente entender-se que a fórmula «casamento anterior» quer referir-se a um casamento anterior não dissolvido, pois a mesma commissão, que introduziu no art. 2.º a alinea 3.ª, havia supprimido como inutil o n.º 1.º do projecto de programma da conferencia de 1900 onde se dispunha que a lei do logar da celebração não podia prohibir o casamento de estrangeiros contrario ás suas disposições referentes á necessidade da dissolução dum casamento anterior, e não é admissivel que a commissão viesse estabelecer na alinea 3.ª o que supprimira como inutil na alinea 1.ª

Mas, admittindo como exacto que «casamento anterior» é o mesmo que «casamento anterior dissolvido», porque se diz que nenhum estado se obriga a celebrar um casamento que, em razão dum casamento anterior, seja contrario ás suas leis, já poderia entender-se que o estado da celebração pode sempre examinar se o casamento, embora dissolvido em país estrangeiro, ainda existe segundo o direito local, e portanto entender-se que na fórmula «casamento anterior» se comprehende, tanto o casamento dissolvido por divorcio, como o dissolvido ou por morte presumida dum dos conjuges em virtude de ausencia ou por virtude de annullação do mesmo casamento,

---

<sup>1</sup> Supra, pag. 398.

se, segundo a legislação estrangeira competente, o casamento fôr considerado não existente por ausencia ou tiver sido annullado. Parece, porém, que a fórmula não abrange os casos de dissolução por ausencia ou por annullação. Em primeiro logar, todo o artigo 2.º, como observa BUZZATI, tem por fim respeitar as leis de ordem publica do estado local e nem a annullação nem a dissolução do casamento por ausencia se podem considerar contrarias ás leis de ordem publica do estado local, embora este não reconheça a declaração de ausencia ou não admitta entre as causas de nullidade aquella por que o casamento anterior tenha sido annullado. Depois, a commissão, assim como disse claramente que estabelecia o impedimento de casamento anterior para o caso da dissolução por divorcio, se quisesse ampliar o impedimento a outros casos, tê-lo-ia dicto, e, porque o não disse e porque todo o art. 2.º, como excepção que é ao art. 1.º, deve interpretar-se restrictamente, é legitima a conclusão de que os casos de ausencia e de annullação não cabem na fórmula.

Mas, mesmo limitada a fórmula ao casamento dissolvido por divorcio, ainda pode discutir-se se a convenção apenas teve em vista os estados que não admittem o divorcio para lhes não impor a celebração do casamento de estrangeiros divorciados, ou quis tambem referir-se aos estados que admittem o divorcio para lhes dar o direito de examinar se o divorcio foi pronunciado por causas não reconhecidas pela lei local, e a consequente faculdade de, nessa hypothese, não permittir o casamento. Comtudo ainda aqui pensamos com BUZZATI que, dizendo o art. 2.º «por causa dum casamento anterior, e não por causa dos motivos do divorcio por que o casamento anterior foi dissolvido, que aquella artigo apenas quis referir-se aos estados que não admittem o divorcio, para respeitar o principio, por elles admittido, da indissolubilidade do casamento,

tanto mais que a commissão só falou nesses estados e só falou no divorcio, não fazendo nunca qualquer referencia ás suas causas <sup>1</sup>.

Sendo assim, o impedimento de casamento anterior só pode ser opposto pelos estados signatarios que não admittem o divorcio, e portanto a Austria quanto aos individuos que pertençam a uma igreja legalmente reconhecida, e a Hespanha, Italia e Portugal, que não reconhecem o divorcio para ninguém.

A Austria opporá aquelle impedimento aos estrangeiros. Dí-lo expressamente o art. 1.º do projecto de lei relativo á approvação da convenção. A Italia não o opporá certamente, pois a convenção não a obriga a isso e já antes da convenção prevalecia a pratica de permittir o casamento de estrangeiros divorciados <sup>2</sup>. Portugal e Hespanha opporão verosimilmente o impedimento ao casamento de estrangeiros. É o que se deixa ver da attitude dos delegados dos países na conferencia de 1900 a respeito da convenção sobre o divorcio. O delegado de Hespanha não só propusera que, ao art. 7.º dessa convenção (onde se diz que o divorcio julgado por uma auctoridade competente será reconhecido em toda a parte) se accrescentasse a restricção de que — «os estados onde a lei não auctORIZA o divorcio poderão não reconhecer como valido o divorcio pronunciado pelos tribunaes estrangeiros entre conjuges que contraíram o seu casamento segundo a lei dos mesmos estados», mas disse, na discussão daquelle artigo, — que o rejeitava, pois elle tinha por fim obrigar os agentes do estado hespanhol a prestar o seu concurso a um acto, como o divorcio, que é contrario não só ás leis da Hespanha mas ainda ás convicções

---

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 185 e segg.

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 189.

religiosas e sociaes do povo hespanhol, sendo, como é, considerado em Hespanha unanimemente como de ordem publica e conforme aos bons costumes o principio da indissolubilidade e perpetuidade do casamento celebrado segundo a lei hespanhola, canonica ou civil, sem distincção de pessoas, nacionaes ou estrangeiros, catholicos ou não catholicos <sup>1</sup>. Ás observações do delegado de Hespanha respondeu o relator RENAULT, que na alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> do projecto de convenção sobre o casamento estava garantido o direito de os estados de matrimonio indissolúvel se opporem ao casamento de estrangeiros divorciados, pois que as auctoridades desses estados poderiam oppôr-se a tal casamento, declarando por então o delegado de Portugal que registava a explicação de RENAULT e que julgava que a ultima alinea do art. 2.<sup>o</sup> do projecto de convenção sobre o casamento o satisfazia inteiramente, mesmo em relação ao art. 7.<sup>o</sup> do projecto em discussão, porisso que aquelle artigo permite ás auctoridades portuguezas recusarem-se a celebrar um casamento que, em razão dum casamento anterior, ellas não considerem dissolvido <sup>2</sup>.

106. A alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> da convenção não permite aos estados contractantes que se opponham de modo absoluto ao casamento de estrangeiros quer em virtude dum obstaculo de ordem religiosa quer em razão dum casamento anterior. Reserva a 1.<sup>a</sup> alinea do art. 6.<sup>o</sup>, assim redigida: «Será em toda a parte reconhecido como validado, quanto á fórma, o casamento celebrado perante um agente diplomatico ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contraentes fôr nacional do estado em que o casamento houver sido cele-

<sup>1</sup> *Actes III*, pagg. 195 e 213.

<sup>2</sup> *Actes III*, pagg. 196 e 197.

brado, e se esse estado a tal se não oppuser. Não poderá oppôr-se-lhe, tratando-se de casamento que, em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, fôr contrario ás suas leis». Porisso, o estado local pode não consentir que as suas auctoridades celebrem o casamento de estrangeiros quando exista algum daquelles impedimentos, mas não pode oppôr-se a que o mesmo casamento seja celebrâdo pelos agentes diplomaticos ou consulares do estado a que pertençam os interessados, se esse estado auctorizar taes agentes a celebrar casamentos.

Desta maneira, procurou a convenção conciliar os interesses do estado local, não o forçando a celebrar um casamento contrario ás suas convicções moraes ou religiosas, e os interesses do estado de origem, estabelecendo o meio de os seus nacionaes se casarem legitimamente num país onde existem impedimentos que o mesmo estado de origem não reconhece. Consequentemente, do que a convenção quis isentar o estado local foi da obrigação de prestar a sua *cooperação* para a realização dum casamento anterior ou dum obstaculo de ordem religiosa, e não impedir absolutamente o casamento. Resultou tal doutrina da proposta de ASSER que fundava a recusa na falta duma *auctoridade competente* no estado local para celebrar o casamento, pois para resolver a dificuldade bastava substituir á auctoridade local a auctoridade diplomatica ou consular. Embora haja certa incoerencia em o estado local poder, por um lado, oppôr-se á celebração do casamento perante as auctoridades locais e dever, por outro lado, consenti-lo nas legações ou nos consulados, foi essa a fórma de conciliar interesses encontrados, e as soluções diplomaticas nem sempre podem harmonizar a coerencia logica com a coordenação dos interesses em divergencia.

107. Depois de permittir aos estados signatarios a recusa

de celebrarem o casamento de estrangeiros contrario ás suas leis por existirem impedimentos de ordem religiosa ou de casamento anterior, determina a alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> o valor do casamento, quando seja violado algum desses impedimentos, nos seguintes termos: «A violação dum impedimento desta natureza não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países que não aquelle em que o casamento houver sido celebrado».

Se, portanto, apesar de existir algum daquelles impedimentos, o casamento fôr celebrado por erro ou por qualquer outra circumstancia, *poderá ser annullado* no estado de celebração e *será valido* nos outros estados.

O estado da celebração pode annullar o casamento, mas não é obrigado a annullá-lo, e porisso, embora considere aquelles impedimentos *dirimentes* para os seus nacionaes, pode considerá-los *impedientes* para os estrangeiros, isto é, pode, como nota BUZZATI, *convertê-los* de dirimentes em impedientes, oppondo-os ao casamento mas não lhes dando efficacia para produzirem nullidade.

Nos outros estados o casamento será valido. Mas sê-lo-á *sempre*, mesmo quando o casamento seja prohibido ao mesmo tempo pela lei local e pela lei nacional dos contractantes? A alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> refere-se evidentemente a impedimentos que existem na lei local mas não existem na lei nacional dos contractantes, aliás não se comprehendia a ressalva dos casamentos diplomaticos e consulares, que sempre são celebrados em harmonia com a lei nacional dos contractantes. E, mesmo se os impedimentos existirem na lei nacional, é inutil que o estado local prohiba o casamento, pois já é prohibido por força do art. 1.<sup>o</sup>, que manda applicar a lei nacional. Porisso, o casamento dum padre hespanhol na Austria será nullo na Hespanha e na Austria, pois o impedimento existe em ambos os países. Mas ainda será nullo na Italia, na França e nos de-

mais estados onde o impedimento não existe, pelo simples facto de o mesmo impedimento existir na lei nacional do interessado? Porque a alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> só se refere a impedimentos que, existindo na lei local, não existem na lei nacional, e porque a lei nacional é, em regra, competente para regular a capacidade matrimonial, o casamento podia parecer valido, em harmonia com o art. 1.<sup>o</sup> da convenção. Poderá, porém, deixar de o ser por força do art. 3.<sup>o</sup> da mesma convenção, que permite aos estados signatarios não acatar os impedimentos de ordem religiosa da lei nacional, e portanto logicamente lhes deve conceder também o direito de não considerarem nullo um casamento em que se tenha violado um impedimento de ordem religiosa. Em conclusão, devemos, pois, dizer que, em terceiros estados, o casamento será sempre valido quando o impedimento não exista na lei nacional ou quando, existindo nesta lei, esses estados possam deixar de cumprir a lei nacional por força do art. 3.<sup>o</sup>, e será logicamente nullo quando o impedimento exista na lei nacional e os estados signatarios devam respeitar essa lei.

Comparando a sanção dos impedimentos da alinea 3.<sup>a</sup> com a sanção dos impedimentos da alinea 1.<sup>a</sup>, nota-se mais uma vez incoerencia no art. 2.<sup>o</sup>, pois, emquanto a sanção da violação dos impedimentos da alinea 1.<sup>a</sup> *nunca* é a nullidade, a sanção da violação dos impedimentos da alinea 3.<sup>a</sup> *pode ser* a nullidade no estado da celebração, sendo certo que a convenção pareceu considerar os primeiros impedimentos mais graves que os segundos, já que estes só obstem ao casamento perante as auctoridades locais e aquelles lhe obstem ainda perante as auctoridades diplomaticas e consulares. A commissão reconheceu a incoerencia, e porisso disse que a maioria dos seus membros só *consentiu* na acceitação de tal doutrina por se convencer de que doutro modo a convenção não seria

assignada por alguns dos estados representados na conferencia. Foi mais uma transacção diplomatica <sup>1</sup>.

108. Não diz a convenção qual o valor, no estado da celebração, do casamento realizado nas legações ou nos consulados na hypothese de haver na lei local os impedimentos de casamento anterior ou de ordem religiosa.

Todavia o valor do casamento ficou implicitamente determinado com as disposições que a convenção consignou. A alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> estabeleceu que os estados signatarios podiam oppor-se á celebração do casamento de estrangeiros quando nestes se desse o impedimento de casamento anterior ou algum impedimento de ordem religiosa, mas limitou a opposição á celebração do casamento pelas auctoridades locais, pois resalvou a 1.<sup>a</sup> alinea do art. 6.<sup>o</sup> e, por esta, nenhum dos estados signatarios poderá oppor-se ao casamento diplomatico e consular dos estrangeiros quando estes não possam casar-se perante as auctoridades locais por virtude dalgum daquelles impedimentos, o que não pode deixar de significar que os estados contractantes se obrigaram a reconhecer o casamento diplomatico ou consular realizado por semelhante motivo, e portanto os tribunaes locais não poderão recusar-lhe efficacia juridica.

Demais, como observa BUZZATI <sup>2</sup>, o casamento só pode ser annullado no estado de celebração quando houver a violação dalgum dos mesmos impedimentos, e no casamento diplomatico ou consular não se viola nenhum desses impedimentos, pois a convenção só permite que elles possam ser oppostos, e

---

<sup>1</sup> *Supra*, pag. 309.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pag. 208.

portanto só estabeleceu a possibilidade da sua violação, quando o casamento fôr celebrado perante as auctoridades locais.

109. Como notamos acima, as duas primeiras conferencias intendiam que o direito publico do estado de celebração do casamento não exigia que o systema de impedimentos estabelecido pela lei nacional, ou pela lei a que esta se referisse, fosse restringido pelas leis locais e que, porisso, o estado local devia respeitar todos os impedimentos formulados pela lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento.

Contudo, a Belgica e a França propuseram, sobre o projecto de programma da terceira conferencia, que ao art. 2.º fosse acrescentada uma alinea em que ficasse determinado que não obstariam ao casamento os impedimentos estabelecidos pela lei nacional dos esposos que fossem contrarios ao *direito publico* (França) ou á *ordem publica* (Belgica) do estado da celebração. A commissão de 1900 reconheceu a justiça da proposta, mas entendeu que devia pôr de lado as fórmulas vagas «direito publico» e «ordem publica» e determinar com precisão os casos em que o estado da celebração podia deixar de respeitar os impedimentos da lei nacional. Obedecendo a esta ordem de ideias, formulou a disposição que hoje se lê no art. 3.º da convenção, pela qual — *a lei do logar da celebração pode permittir o casamento dos estrangeiros sem embargo das prohibições da lei a que se refere o art. 1.º, quando essas prohibições forem exclusivamente fundadas em motivos de ordem religiosa.*

Pelo artigo 2.º, reconhece a convenção á lei local uma faculdade de *prohibição*, auctorizando-a a ampliar o systema de impedimentos da lei nacional. E, pelo art. 3.º, concede-lhe uma faculdade de *permissão*, auctorizando-a a restringir aquelle systema de impedimentos.

A faculdade de permissão limita-se aos impedimentos de ordem religiosa.

Estes impedimentos são, como vimos, nas relações dos estados contractantes, — as ordens maiores, o voto religioso, a *disparitas cultus* e o parentesco espiritual.

Quando, pois, se der algum destes impedimentos segundo a lei nacional dos conjuges, o estado da celebração pode permittir o casamento apesar da existencia de taes impedimentos.

E porque a convenção concede aos estados signatarios a faculdade e não lhes impõe a obrigação de permittir o casamento na hypothese do art. 3.º, podem os mesmos estados permittir ou prohibir o casamento nessa hypothese, segundo as exigencias de ordem publica do estado local.

Quando será, porém, permittido ou prohibido o casamento pelo estado da celebração?

Tem a questão de resolver-se em face ou das leis de approvação da convenção, se providenciarem sobre o assumpto, ou de quaesquer leis internas que definam o valor dos impedimentos de character religioso, ou, finalmente, do principio geral de ordem publica como fôr intendido pela doutrina e pela jurisprudencia <sup>1</sup>.

Quanto a leis de approvação das convenções, só da lei sueca de 1904 se pode inferir o modo por que a Suecia usará da faculdade concedida pelo art. 3.º O art. 2.º do cap. II dessa lei diz, effectivamente, que não será annullado em nenhum caso na Suecia o casamento contraído em contravenção das leis estrangeiras que prohibam o casamento por differença de religião, ordens sacras ou voto de celibato, e porisso é de presumir que as auctoridades suecas não obstem ao casamento de estrangeiros em que se dêem estes impedimentos. Com-

---

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 213.

tudo, como nota BUZZATI, não poderá realizar-se na Suecia o casamento entre um christão ou um israelita e um pagão, se não por um motivo de ordem publica, por faltar auctoridade competente para celebrar tal casamento <sup>1</sup>.

É comtudo de notar que tambem a lei austriaca regulará o assumpto, pois, no art. 1.º do projecto de lei sobre as disposições complementares da convenção, apparece uma alinea, proposta pela commissão parlamentar, em que se diz que «serão inteiramente applicaveis as disposições das leis austriacas no julgamento da validade dos casamentos celebrados nos termos do art. 3.º da convenção», isto é, a Austria não considerará validos taes casamentos quando incorram em nullidade segundo a lei austriaca, e porisso, por maioria de razão, não permitirá nem considerará validos taes casamentos quando celebrados no seu territorio.

É ainda de observar que na Allemanha, na Hungria e na Suissa, embora os diplomas de approvação da convenção não definam a attitudo destes estados, existem já documentos officiaes que indicam o seu procedimento. Quanto á Allemanha, apesar de o seu delegado na conferencia de 1900 se haver manifestado no sentido de que fossem sempre respeitados os impedimentos da lei nacional <sup>2</sup>, a memoria do governo imperial ao Reichstag ácerca da convenção affirma que a questão do reconhecimento no Imperio dos impedimentos estrangeiros de character religioso deve ser decidida, mesmo depois da convenção, em harmonia com o art. 30.º da lei de introdução do codigo civil, e porisso taes impedimentos não serão respeitados se não forem considerados conformes aos bons costumes ou ao fim duma lei allemã. Na Hungria, o relatorio da proposta

---

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pag. 218.

<sup>2</sup> *Supra*, pag. 426.

de lei de aprovação da convenção nada diz acerca dos impedimentos de ordem e voto, mas, porque estes impedimentos existem na legislação hungara, é natural que não seja permitido o casamento de estrangeiros cuja lei nacional estabeleça os mesmos impedimentos. Referiu-se, porém, o relatório ao impedimento *disparitas cultus*, que não é admittido pela lei hungara, declarando que, pela convenção, não perdiam os húngaros a faculdade de casar na Hungria com mulher estrangeira de diversa religião, ainda que a lei nacional da mulher estabeleça o impedimento de *disparitas cultus*, o que parece dar a entender que será permittido na Hungria o casamento de estrangeiros em cuja lei nacional exista aquelle impedimento. Na Suissa, se bem que o art. 54.º da constituição de 29 de maio de 1874 disponha que «nenhum impedimento matrimonial pode ser fundado em motivos confessionaes», e porisso não devam, em principio, ser respeitadas os impedimentos estrangeiros de character religioso, a já citada circular do conselho fédéral aos governos cantonaes, de 7 de setembro de 1905, recommenda a estes governos toda a circumspecção na concessão de licença para o casamento de estrangeiros, a fim de evitar o apparecimento de *heimathlosen*. Segundo a circular, a licença, que só é necessaria quando o esposo é estrangeiro, deve ser recusada quando o casamento fôr nullo no país do noivo, para evitar que os filhos provindos de tal casamento sejam *heimathlosen*, isto é, não tenham nacionalidade. Na Suissa, pois, não se permittirá o casamento quando este fôr nullo segundo a lei do esposo.

Nos outros estados não apparece qualquer indicação official a respeito do uso que farão da faculdade concedida pelo art. 3.º, mas pode prevêr-se que a Belgica, a França, a Hollanda, a Italia, e o Luxemburgo, usem dessa faculdade, já porque não reconhecem taes impedimentos, já porque os seus conceitos de igualdade jurídica, de liberdade de consciencia e de ordem

publica serão invocadas para não reconhecer como legítimos os mesmos impedimentos <sup>1</sup>.

Na Rumania, a distincção das crenças e confissões religiosas não constitue obstaculo á adquisição e exercicio de direitos civis ou politicos, e porisso é logico que se permita o casamento de estrangeiros em quem, pela lei nacional, se dê o impedimento de *disparitas cultus*. Quanto aos impedimentos de ordem e voto, visto haver uma corrente doutrinal que sustenta que elles obstan mesmo ao casamento de nacionaes, é natural que sejam respeitadas as leis estrangeiras que os estabelecem <sup>2</sup>.

Portugal e Hespanha reconhecem os impedimentos de ordem e voto para o casamento civil e os impedimentos de ordem, voto, *disparitas cultus*, e parentesco espiritual para o casamento catholico, signal de que não consideram taes impedimentos contrarios ao principio de ordem publica e porisso respeitarão as leis estrangeiras que os estabelecerem.

Como observação final ácerca dos casos em que a lei local pode permittir o casamento de estrangeiros contrariamente ás prohibições da sua lei nacional, devemos referir as divergencias de KAHN e BUZZATI sobre a amplitude da permissão. KAHN intende que, embora a letra do art. 3.<sup>o</sup> pudesse compreender a *cognatio spiritualis*, não a abrange o espirito do mesmo artigo, pois a sua disposição apenas tem por fim permittir o casamento de estrangeiros quando haja pela lei nacional impedimentos que sejam contrarios aos principios fundamentaes de liberdade de consciencia ou de egualdade juridica reconhecidos pela lei local, e porisso não respeita a um impedimento que apenas se funda sobre uma determinada relação entre duas pessoas, embora esta relação tenha uma origem religiosa.

---

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 215 e segg.

<sup>2</sup> Supra, pag. 426, nota 1.

BUZZATI julga compreendida a *cognatio spiritualis* na fórmula *motivos de ordem religiosa*, mas, porque a *lex loci* não tem a obrigação, mas a faculdade, de permittir o casamento quando na lei nacional haja impedimento de ordem religiosa, só exercerá essa faculdade quando os impedimentos religiosos sejam offensivos dos principios de ordem publica, e porisso não permittirá muito provavelmente o casamento de estrangeiros em quem se dê o parentesco espiritual, pois tal impedimento não parece constituir uma offensa á ordem publica do estado da celebração.

Parece-nos que, effectivamente, na fórmula «motivos de ordem religiosa» cabe a *cognatio spiritualis*, dado o seu character religioso, mas tambem nos parece que os estados signatarios respeitarão tal impedimento quando existente na lei nacional dos esposos, pois não representa uma offensa de ordem publica que os obrigue a usar da faculdade de permissão que lhes concede o art. 3.º da convenção.

110. Se a lei do logar da celebração permittir o casamento de estrangeiros quando pela lei nacional houver algum impedimento de character exclusivamente religioso, «os outros estados, diz a alinea 2.ª do art. 3.º, têm o direito de não reconhecer como valido o casamento celebrado nestas circumstancias».

O casamento de estrangeiros prohibido pela lei nacional, por virtude dum impedimento exclusivamente fundado em motivos de ordem religiosa, e permittido pela *lex loci*, quando esta lei, por força da da disposição do art. 3.º, não reconhecer a efficacia daquelles impedimentos, pode ser apreciado relativamente ao estado da celebração, ao estado de origem, e a terceiros estados.

a) No estado da celebração o casamento será valido. É evidente.

b) No estado de origem o casamento será nullo ou annullavel, segundo o valor que a lei desse estado attribuir aos impedi-

mentos de character religioso. A lei nacional dos esposos prohibe o casamento, a convenção permite aos estados differentes do estado da celebração que não considerem o casamento como valido, e porisso o estado de origem applicará ao casamento a sancção da sua lei, e portanto tê-lo-á por nullo ou annullavel, se a nullidade ou a annullabilidade fôrem o resultado da violação dos mesmos impedimentos.

c) Em terceiros estados, o casamento pode ser valido ou nullo, segundo fôr determinado pelas leis de approvação ou de execução, ou segundo os impedimentos de ordem religiosa forem ou não considerados contrarios ao principio da ordem publica. A convenção concede-lhes o direito de não o considerarem valido, e porisso tambem lhes concede a faculdade de não o considerarem nullo, e consequentemente, a não ser que estabeleçam o contrario numa disposição legislativa, deve presumir-se, com BUZZATI, que o considerarão valido nos mesmos casos em que o teriam permitido, e nullo nos casos em que o teriam prohibido.

Na lei sueca de 1904 diz-se terminantemente que o casamento não será annullado quando contrario ás leis estrangeiras que prohibam o casamento por virtude de ordem, voto ou differença de religião, e o projecto de lei austriaco declarará que serão inteiramente applicaveis as leis da Austria aos casamentos celebrados nos termos do art. 3.º da convenção, e, portanto, pela lei austriaca, o casamento será nullo.

Dos demais estados, a Allemanha, a Belgica, a França, a Hollanda, a Italia, o Luxemburgo e a Suissa, considerá-lo-ão valido, pela mesma razão por que o permitiriam; a Hungria considerará nullo o casamento prohibido pela lei nacional por impedimento de ordem ou voto, e valido no caso de *disparitas cultus*; Portugal e Hespanha considerá-lo não nullo; e a Rumania considerá-lo-á valido no caso de differença de religião, e nullo no caso de ordem ou voto.

O modo por que a convenção fixou o valor do casamento prohibido pela lei nacional e permitido pela lei local causa uma certa estranheza, tanto se considerada em si a doutrina da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 3.<sup>o</sup>, como se considerada em relação á doutrina da alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>

Considerada em si, impressiona aquella doutrina pela circumstancia de admitir que o mesmo casamento possa ser valido ou nullo em todos os estados que não o da celebração, estabelecendo assim á incerteza ácerca do valor dum acto tão importante como o casamento. Isto mesmo foi sentido por alguns dos membros da commissão de 1900, que eram de parecer que a faculdade de não considerar o casamento valido apenas fôsse concedida ao estado de origem. Comtudo, a necessidade de harmonizar as pretensões encontradas dos estados confessionaes e não confessionaes obistou á acceitação desta ideia, e a commissão contentou-se com afirmar que a solução adoptada não teria, na maior parte dos casos, senão inconvenientes theoreticos, pois o que principalmente importava era assegurar a estabilidade do casamento no estado onde os individuos estão estabelecidos de modo permanente <sup>1</sup>.

Comparada com a doutrina da alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>, a doutrina do art. 3.<sup>o</sup> revela uma incoerencia manifesta.

Pelo art. 2.<sup>o</sup>, o impedimento religioso que não é admittido pela lei nacional só pode produzir nullidade no estado de celebração, e porisso, se um padre francês consegue casar na Austria, o seu casamento será valido na Hespanha, apesar de haver na lei hespanhola o impedimento de ordens e apesar de a Hespanha poder oppôr esse impedimento ao casamento de estrangeiros.

Pelo art. 3.<sup>o</sup>, se um padre austriaco casa na França, a Hespanha poderá considerar nullo o casamento por haver na

---

<sup>1</sup> *Supra*, pag. 405.

lei nacional um impedimento igual ao existente na sua lei. Isto é, sem embargo de haver em Hespanha nos dois casos um impedimento de igual valor e ser daquelles que podem ser oppostos ao casamento de estrangeiros e podem produzir nullidade, num caso o casamento é forçosamente valido e no outro pode ser valido ou nullo.

Não determina o art. 3.º o valor do casamento prohibido pela lei nacional e celebrado no estrangeiro fóra dos casos em que a lei local o pode permittir, isto é, quando na lei nacional existe um impedimento que não seja de character exclusivamente religioso.

Nesta hypothese, o valor do casamento deve determinar-se em harmonia com a lei nacional. É o que resulta da comparação do art. 1.º com o art. 3.º, e da declaração das commissões de 1894 e 1900 ácerca da nullidade do casamento. O art. 1.º dá competencia á lei nacional para determinar o systema de impedimentos, esse systema de impedimentos só pode ser restringido se os impedimentos forem de character religioso, e só quando os impedimentos fôrem desta natureza é que o estado da celebração pode considerar o casamento valido e os outros o podem considerar valido ou nullo, donde logicamente se conclue que no caso de haver qualquer outro impedimento na lei nacional que não tenha sido respeitado no estado local, pela mesma lei nacional se deve determinar o valor e efficacia do casamento, e portanto o casamento será nullo se o impedir dirimente. As commissões de 1894 e 1900 declararam que não tratavam da nullidade do casamento por ser naturalmente competente para regular a materia de nullidades a mesma lei que regula a validade intrinseca ou a validade formal do casamento. Ora, porque os impedimentos respeitam á validade intrinseca, é pela lei nacional que deve determinar-se o resultado da sua violação.

Tambem o art. 3.º não determina de modo explicito o valor do casamento duma pessoa, em quem se dé um impedimento religioso, celebrado quer no país de origem quer num país que admitta egualmente esse impedimento, como seria, por exemplo, o casamento dum padre austriaco na Austria ou na Hespanha. Este casamento será naturalmente nullo no estado de origem e no estado de celebração (art. 1.º e art. 2.º, alinea 3.ª). Mas qual o seu valor em terceiros estados? Nos estados que admittem o mesmo impedimento, o casamento deve ser considerado nullo, pois a lei nacional preceitua a sua nullidade e a lei local, assim como não consentiria o casamento, tambem não deve auctorizar a sua validade. Nos estados que não admittem o impedimento, será o casamento valido, pois, na logica da convenção, se a lei local podia permittir o casamento apesar de tal impedimento, tambem o pode considerar valido quando celebrado em país estrangeiro.

111. Esboçada a interpretação dos artt. 2.º e 3.º da convenção como as suas disposições que reconhecem e organizam o principio de ordem publica em materia de condições de validade intrinseca do casamento, apreciemos o valor dessas disposições em face da sciencia do direito internacional privado.

Os artt. 2.º e 3.º baseam-se na ideia justa de que um estado pode ampliar ou restringir o systema de impedimentos da lei estrangeira segundo as exigencias da ordem publica local. A ordem juridica local não pode ser perturbada com a applicação de leis estrangeiras que viriam inutilizar as leis locais protectoras dos interesses geraes da collectividade.

Mas a fórmula *ordem publica* é vaga e indeterminada, presta-se a um largo arbitrio e podia, na sua applicação exaggerada, inutilizar as leis estrangeiras declaradas competentes para regular certas relações juridicas. Foi porisso, ainda com justiça, que a convenção procurou *precisar* os casos em que a lei local

pode ampliar ou restringir o systema de impedimentos da lei nacional.

Mas se foi justa a ideia que presidiu á redacção dos dois artigos e foi justo o systema seguido de determinar os casos em que a lei local pode substituir-se á lei nacional, não nos parece inteiramente defensavel o modo por que a convenção organizou aquella ideia e este systema.

Em primeiro lugar, já seria desejavel que a convenção precisasse o alcance da palavra *parentesco* n.º 1.º da alinea 1.ª do art. 2.º, para não haver duvida se ahi se comprehende o parentesco adoptivo e o parentesco espirital.

Depois, é lamentavel que, na alinea 3.ª do art. 2.º e na alinea 1.ª do art. 3.º, em vez de usar das fórmulas, certamente vagas, «obstaculo de ordem religiosa» e «motivos de ordem religiosa», não dissesse determinadamente os casos em que o estado da celebração podia, por motivos religiosos, prohibir o casamento de estrangeiros ou permittir os casamentos prohibidos pelas leis estrangeiras, assim como é lamentavel que não dissesse se os impedimentos de ordem religiosa a que se refere a alinea 3.ª do art. 2.º são dirimentes sem dispensa, ou mesmo impedientes, o que tudo cria incertezas, dá logar a arbitrio e constitue uma inferioridade de tão importante documento.

Demais, ao estabelecer o valor do casamento celebrado ou contra as disposições estabelecidas pela lei local ou no caso em que a lei local pode permittir um casamento prohibido pela lei nacional, apresenta a convenção uma serie de incoerencias. E assim é que: 1.º) Dá-se á lei local o poder de prohibir o casamento nos casos de parentesco, adulterio ou crime, consideram-se estes impedimentos tão importantes que o casamento nem ao menos pode ser celebrado perante os agentes diplomaticos ou consulares, e afinal, se o casamento se realiza contra a existencia d'alguns desses impedimentos, é o mesmo casamento

valido até no estado da celebração; 2.º) permite-se ao estado da celebração que opponha ao casamento de estrangeiros os impedimentos de casamento anterior ou de ordem religiosa, consideram-se estes impedimentos menos graves que os anteriores, admittindo-se o casamento perante as auctoridades diplomaticas e consulares, e em todo o caso o casamento pode ser annullado no estado da celebração; 3.º) permite-se finalmente que o estado da celebração consinta o casamento prohibido pelo lei nacional quando a prohibição seja de ordem religiosa, e, em vez de apenas se considerar nullo o casamento no estado de origem, como parecia logico comparativamente com o que acontece pela alinea 3.ª do art. 2.º, o casamento pode ser nullo ou valido em terceiros estados, donde resulta a inconveniencia já acima apontada de, em casos semelhantes, o mesmo estado ter de considerar o casamento umas vezes valido e outras nullo.

Se compararmos, porém, o direito estabelecido pela convenção com o direito anterior nas relações dos estados contractantes, que é o direito internacional privado geralmente seguido nas relações dos estados civilizados, devemos reconhecer que a convenção representa um aperfeiçoamento.

Segundo a doutrina geralmente seguida, o estado local pode *prohibir* ou *permittir* o casamento de estrangeiros *permittido* ou *prohibido* pela lei nacional, mas são raras as legislações que determinam os *casos* em que deve ser prohibido ou permittido no estado local o casameato permittido ou prohibido pela lei nacional, estabelecendo-se simplesmente o principio de que se applicam aos estrangeiros os impedimentos de ordem publica e de que se não respeitam os impedimentos da lei estrangeira contrarios á ordem publica local e ficando á livre apreciação da doutrina e dos tribunaes a concretização do principio. Neste ponto a convenção representa um grande progresso.

Pela doutrina geralmente seguida, quando o casamento é celebrado contra um impedimento de ordem publica do estado da celebração, o casamento é nullo neste estado, se o impedimento é dirimente, é valido no estado de origem, se não ha impedimento dirimente pela lei nacional, e nullo ou valido em terceiros estados segundo o impedimento violado ahi fôr ou não considerado de ordem publica. Nesta parte a convenção assegura melhor que a doutrina geral a validade do casamento, mas, além de incoerente consigo mesma, não traduz, como já dissemos, os dictames scientificos <sup>1</sup>.

Ainda pela doutrina geral, o casamento prohibido pela lei nacional deve ser sempre permittido pela lei local quando a prohibição seja contraria á ordem publica local, sendo o casamento valido no estado da celebração, nullo no estado de origem e nullo ou valido nos outros estados segundo o casamento ahi fôsse prohibido ou permittido, e a convenção limita a permissão da lei local aos impedimentos religiosos, embora com as sancções geralmente reconhecidas. É por certo exaggeradamente estreita a permissão, pois as exigencias da ordem publica não se limitam á esphera religiosa, mas, ao menos, evita-se a multiplicação dos casos em que um casamento pode ser valido nuns países e nullo em outros.

---

<sup>1</sup> Supra, pagg. 421 e 447.

## § IV

Prova da capacidade matrimonial<sup>1</sup>

SUMMARY: — 112. A obrigação de provar a capacidade matrimonial na primeira, segunda e terceira conferencia. Art. 4.º da convenção. — 113. A prova da capacidade matrimonial e o estado da celebração do casamento. — 114. A prova da capacidade matrimonial e o estado de origem dos nubentes. — 115. Extensão e alcance da obrigação de provar a capacidade matrimonial. — 116. Direito comparado dos estados contractantes ácerca da prova da capacidade matrimonial. — 117. Direito português.

112. Reconhecida a competencia da lei nacional para regular a capacidade matrimonial, e acceto o principio de que as auctoridades locais devem respeitar e dar cumprimento áquella lei, pensaram as conferencias no processo pratico de tornar effectiva a disposição do art. 1.º onde se estabelece aquella doutrina. O processo adoptado foi impôr aos interessados a obrigação de provar que eram capazes de casar segundo a sua lei nacional ou segundo a lei a que se refira a mesma lei nacional.

Logo a commissão de 1893 se occupou do assumpto, incluindo no seu projecto a seguinte disposição: «Para o seu casamento, devem os estrangeiros apresentar um certificado passado pelas auctoridades competentes ou pelos agentes diplomaticos ou consulares do seu país, em que aquellas auctoridades ou estes agentes declarem ou que não têm conheci-

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 41, 42, 47, 48, 49, 51 e 52; *Actes II*, pagg. 44 e 48; *Actes III*, pagg. 174, 222 e 223; *Documents III*, pag. 10; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 245 e segg.

mento da existencia de qualquer impedimento que obste ao casamento, ou que foram cumpridas as condições exigidas pela lei nacional para a validade do casamento».

Motivando a disposição, dizia o relatório: «Duas leis são, pois, competentes, embora em medida diferente, para determinar as condições em que os estrangeiros podem casar-se. A observancia da lei local facilmente se assegura; o mesmo não acontece quanto á observancia da lei nacional, que depara com difficuldades facéis de conjecturar. Admittimos que a lei nacional devia ser respeitada mesmo no estrangeiro e que a lei e auctoridades do logar da celebração não devem prestar-se á sua violação. Mas como vão passar se as coisas na pratica? Dois estrangeiros querem casar-se num país; dirigem-se á auctoridade local, que, a maior parte das vezes, se encontra na impossibilidade de saber pessoalmente se elles são capazes segundo a sua lei ou se foi precisamente para escapar ás prescripções desta lei que vieram ao estrangeiro. Então, de duas coisas uma: ou a auctoridade local se desinteressa da questão e permite que o casamento se realize livremente, ou exige justificações minuciosas, que muitas vezes não podem fazer-se. Segundo os países e os funcionarios do estado civil, os casamentos entre estrangeiros serão muito facéis ou muito difficéis, porque haverá muito arbitrio na applicação. Deveríamos ficar por ahí? Pareceu á commissão que isso seria pernicioso e que era necessario procurar um meio de sair do embaraço. Este meio foi-lhe fornecido pela pratica de varios estados. Os agentes diplomaticos ou consulares dum país são auctorizados a passar aos seus nacionaes certificados em face dos quaes as auctoridades locais poderão celebrar o seu casamento. A necessidade da apresentação destes certificados assegura o respeito da lei nacional, tanto mais que, em geral, deverão fazer-se publicações no país de origem de modo a provocar quaesquer opposições. Além disso, deste modo salva-se a responsabilidade

das auctoridades locais, que já não têm que investigar se os futuros conjuges são ou não capazes segundo a sua lei nacional, pois devem naturalmente presumir esta capacidade em face do certificado.

«Este processo foi, comtudo, criticado. Não é evidentemente infallivel. O certificado pode ser passado indevidamente. Mas, neste caso, não impedirá a nullidade do casamento, se fôr violada uma prescripção dirimente da lei nacional, e, deste modo, não ficam compromettidos os direitos de terceiros. Todavia, na maior parte dos casos, terá a exigencia effeito preventivo e os estrangeiros, que doutro modo teriam tentado illudir a auctoridade local, não ousarão pedir um certificado quando tiverem impedimento. Tambem se objecta que é contrario á soberania referir-se a auctoridade local á declaração duma auctoridade estrangeira. A objecção parece singularmente exaggerada. A auctoridade local não procederá assim senão quando muito bem quiser. Nós dizemos sómente que o seu interesse bem entendido a aconselha nesse sentido. É a melhor maneira de salvar a sua responsabilidade a respeito da observancia da lei estrangeira, considerada como eminentemente desejavel. Quando dois governos se compromettem a não casar os seus respectivos nacionaes sem a apresentação dum certificado da auctoridade de origem, garantem-se mutuamente o cumprimento das suas leis; sancionam o exercicio legitimo da sua soberania sobre os nacionaes que estão no estrangeiro. Além disso, o facto de o processo funcionar em alguns dos países representados na conferencia, prova que a objecção tirada duma offensa da soberania não pode deter a maior parte dos governos»<sup>1</sup>.

Da letra da disposição proposta pela commissão e dos escla-

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 47 e 48.

recimentos dados pela commissão derivava — a *obrigação* dos interessados apresentarem o certificado quando lhes *fôsse* exigido pela auctoridade local, — a competencia *cumulativa* das auctoridades nacionaes residentes no país de origem e dos agentes diplomaticos ou consulares para passar o certificado, — e a *fôrma alternativa* do mesmo certificado, que tanto podia declarar que não havia impedimento (*fôrma negativa*), como dizer que haviam sido cumpridas as condições exigidas pela lei nacional (*fôrma affirmativa*).

Na discussão em assembleia geral, o delegado hollandês Rhausen propôs que o certificado, em vez de poder revestir tanto a *fôrma negativa* como a *fôrma affirmativa*, satisfizesse cumulativamente ás duas condições, isto é, declarasse que não havia impedimento e que haviam sido cumpridas as condições exigidas pela lei nacional. A proposta foi impugnada pelo relator RENAULT com o fundamento de que alguns governos não queriam admittir certificados redigidos duma *fôrma* muito affirmativa. Comtudo, embora lhe parecesse que era sufficiente uma fórmula minima, declarou que não se oppunha a um texto geral formulado pela commissão de redacção <sup>1</sup>.

Além disso, a discussão ainda procurou definir a situação do estado local ácerca da exigencia do certificado, accordando-se no seguinte: «Teve ainda logar uma troca de impressões entre diversos delegados donde resultou que os certificados não devem considerar-se *necessarios* e que as auctoridades do logar da celebração não são obrigadas a considerá-los *sufficientes*». Apesar do delegado suiso Meili observar que, sendo tal o pensamento da conferencia, não havia razão pratica para a conservação do artigo, foi este approvado, salva redacção posterior <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 41 e 42.

<sup>2</sup> *Actes I*, pag. 42.

DIR., 19.<sup>a</sup> CAD.

Comtudo, as observações de Rahusen e Meili, principalmente as deste ultimo, influenciaram o pensamento da commissão, que propôs esta nova fórmula para o artigo: «Para o seu casamento devem os estrangeiros provar que se verificam as condições necessarias para contrair casamento segundo a sua lei nacional. Poderão fazer esta prova ou por meio dum certificado dos agentes diplomaticos ou consulares ou das auctoridades competentes do seu país ou por qualquer outro modo considerado sufficiente pela auctoridade local, que terá, salva convenção internacional em contrario, toda a liberdade de apreciação em ambos os casos»<sup>1</sup>. A nova fórmula é assim justificada pela commissão: «A conferencia admittiu que as auctoridades a que os estrangeiros se dirijam para a celebração do casamento devem certificar-se de que elles se encontram nas condições prescriptas pela sua lei nacional. Mas não quis que estas auctoridades fôsem obrigadas a exigir sempre a apresentação dum certificado passado pelas auctoridades nacionaes dos futuros conjugues. Pode acontecer que, em certas circumstancias, a apresentação deste certificado seja muito difficil ou mesmo impossivel, de modo que, com tal exigencia, seriam impedidos casamentos que podem offerecer toda a garantia. A auctoridade local será juiz do modo de justificação a empregar. Por outro lado, a conferencia não intendeu que o certificado passado por uma auctoridade nacional dos futuros conjugues devesse obrigar a auctoridade local a celebrar o casamento, podendo acontecer que esta auctoridade tenha provas ou pelo menos suspeitas fundadas da existencia dum impedimento resultante da lei nacional. Todavia, pode dizer-se que, na maior parte dos casos, será desejavel que a auctoridade local exija o certificado previsto, e é provavel que o exija, porque será esse o meio

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 51.

mais commodo de salvar a sua responsabilidade. Eguamente, só em casos excepçionaes a mesma auctoridade não se contentará com semelhante certificado. O pensamento da conferencia pode formular-se assim: «*de direito*, o certificado duma auctoridade nacional dos futuros conjuges não é necessario nem é sufficiente; *de facto*, será quasi sempre necessario e sufficiente. Fica naturalmente reservada a faculdade de celebrar convenções internacionaes, que poderão ter por objecto tornar o certificado das auctoridades nacionaes necessario e sufficiente»<sup>1</sup>.

A nova proposta da commissão foi integralmente approvada pela conferencia, reconhecendo-se assim a obrigação de provar a capacidade matrimonial por meio de certificado ou por qualquer outra fórmula, — a competencia cumulativa dos agente diplomaticos e consulares para passar o certificado, — e a faculdade de a auctoridade local exigir o certificado ou qualquer outro meio de prova.

A conferencia de 1894 approvou integralmente a deliberação da conferencia anterior<sup>2</sup>.

A commissão de 1900 propôs a seguinte fórmula, que, com ligeiras modificações de redacção, era a approvada pelas conferencias anteriores: «Para o seu casamento, devem os estrangeiros provar que satisfazem ás condições necessarias segundo a lei a que se refere o art. 1.<sup>o</sup> Esta justificação far-se-á, ou mediante certificado dos agentes diplomaticos ou consulares do país dos contraentes, ou por qualquer outro meio de prova. contanto que as convenções internacionaes ou as auctoridades do país da celebração reconheçam a justificação como sufficientes». A tal disposição fazia o relatorio este breve commen-

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 52.

<sup>2</sup> *Actes II*, pagg. 44 e 48.

tario: «Há apenas ligeiras diferenças de redacção entre este artigo e o art. 3.º do projecto de programma. A primeira alinea remette, não para a lei nacional, mas para a lei indicada pelo art. 1.º, visto que a lei competente pode ser uma lei diferente da lei nacional. A segunda alinea reproduz uma emenda belga<sup>1</sup>. Fica bem determinado que o direito de auctoridade do logar da celebração exigir um certificado passado por uma certa fôrma é absoluto enquanto não fôr limitado por uma convenção internacional. Por exemplo, o governo do logar da celebração poder attender apenas os certificados passados pelas auctoridades do país do estrangeiro, pode tambem aceitar os certificados passados por consules de carreira e recusar os certificados passados por agentes consulares que muitas vezes não tẽem senão noções insufficientes da legislação civil do país de cujos interesses commerciaes se occupam. É um ponto sobre que insistiu particularmente o delegado da Allemanha. O resultado muito desejavel que tem em vista o art. 4.º será sobretudo obtido por occrdos administrativos concluidos entre os diferentes estados, segundo os seus respectivos habitos. O essencial é ter certificados serios passados com conhecimento de causa. Quanto á determinação da auctoridade competente para os passar, depende isso necessariamente da organização de cada país, não podendo estabelecer se uma

---

<sup>1</sup> Texto da emenda belga: «Art. 3.º Deve justificar-se a existencia das condições exigidas para o casamento pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges, a não ser que a auctoridade do logar da celebração conheça sufficientemente as disposições legaes que regem a sua capacidade. Esta justificação far-se-á ou mediante certificado dos agentes diplomaticos ou consulares do país dos contractantes, ou por qualquer outro meio de prova, contanto que as convenções internacionaes ou as auctoridades do país da celebração reconhecem como sufficiente a justificação». (*Documents III*, pag. 10).

regra geral a esse respeito, assim como não pode estabelecer-se a respeito da forma em que os certificados devem ser redigidos»<sup>1</sup>.

Na discussão em assembleia geral, o delegado Hungaro Töry notou que a alinea 2.<sup>a</sup> do art. proposto pela comissão podia ser interpretada no sentido de que os estados contractantes eram obrigados a conceder aos seus agentes diplomaticos e consulares competencia para passar os certificados de que se trata, sendo certo que á legislação interna de cada país cabe reservar esta competencia ás auctoridades internas, e que, porisso, seria util afastar todas as duvidas a este respeito, ou por uma declaração do presidente e relator da commissão, approvada pela conferencia, ou por uma modificação do texto, inserindo-se, depois da palavra «consulares», as palavras «auctorizados pela legislação», acrescentando que preferia o segundo destes systemas.

O relator RENAULT declarou que a commissão não quis de modo nenhum impôr aos estados contractantes a obrigação de dar aos seus agentes diplomaticos e consulares a faculdade de passar certificados, e que não era necessario modificar o texto do artigo, bastando que a sua declaração fôsse inserida na acta da sessão<sup>2</sup>.

A conferencia approvou o modo de ver de RENAULT, não sendo modificada a redacção do artigo<sup>3</sup>, mas, certamente a instancias posteriores da Hungria, o texto da convenção não se limitou a reproduzir o texto votado pela conferencia, modificando a segunda alinea do artigo no sentido das observações de Töry.

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 174.

<sup>2</sup> *Actes III*, pag. 222 e 223.

<sup>3</sup> *Actes II*, pag. 223.

## Art. 4.º

*Texto da convenção*

Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée par l'article premier.

Cette justification se fera, soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'États dont les contractants sont les ressortissants, soit par tout autre mode de preuve, porvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissent la justification comme suffisant.

## Art. 4.º

*Tradução official*

Para o seu casamento, devem os estrangeiros provar que satisfazem ás condições necessarias segundo a lei a que se refere o art. 1.º

Esta justificação far-se á, ou mediante certificado dos agentes diplomaticos ou consulares autorizados pelo Estado da nacionalidade dos contraentes, ou por outro qualquer meio de prova, contanto que as convenções internacionais ou auctoridades do país da celebração reconheçam como sufficiente a justificação.

113. Explicado o apparecimento do artigo da convenção acerca da prova da capacidade matrimonial, determinemos a situação, quanto a essa prova, do estado de celebração do casamento, do estado de origem, e dos individuos que pretendam casar-se em país estrangeiro.

Os estrangeiros *devem* provar a sua capacidade matrimonial por um meio de prova que as convenções internacionais ou as auctoridades do país da celebração do casamento reconheçam como sufficiente.

Daqui se infere que o estado da celebração tem o *direito* de exigir aos estrangeiros a prova da capacidade matrimonial.

Terá, porém, esse estado tambem a *obrigação* de exigir semelhante prova? Assim parece derivar da letra da convenção. Os estrangeiros devem provar a capacidade matrimonial, esta

obrigação só pode tornar-se effectiva perante as auctoridades locais, e porisso parece incontestavel que estas auctoridades não podem celebrar o casamento sem que os nubentes provem que estão nas condições exigidas pela lei competente para regular a validade intrinseca do mesmo casamento. A auctoridade local tem inteira liberdade para determinar o meio de prova sufficiente para verificar a capacidade matrimonial, mas deverá exigir sempre qualquer meio de prova donde resulte que os estrangeiros estão legalmente habilitados a contrair casamento.

Sendo assim, a lei local pode exigir que os estrangeiros apresentem certificado de capacidade passado pelas auctoridades internas do seu país ou pelos agentes diplomaticos ou consulares ou pode contentar-se com outro meio de prova. Consequentemente, semelhante certificado não é *necessario* para a auctoridade local celebrar o casamento, isto é, bem pode esta auctoridade dispensar os interessados da sua apresentação.

Mas ainda mesmo quando a auctoridade local exija um determinado meio de prova, e designadamente um certificado de capacidade, pode deixar de considerá-lo *sufficiente*, pois a convenção lhe confere o direito de o apreciar como bem entender.

São estas as consequencias da doutrina formulada pela comissão de 1893 quando disse que, de direito, o certificado não era necessario nem sufficiente.

A comissão accrescentou, porém, que, de facto, o certificado seria necessario e sufficiente, pois é de presumir que os estados contractantes, tanto para evitar fraudes, como para salvar a sua responsabilidade, exijam em regra o certificado e lhe dêem valor decisivo como prova da capacidade.

Tambem as auctoridades locais têm o direito de só attender os certificados de determinadas auctoridades nacionaes, como,

por exemplo, só os das auctoridades internas ou dos consules de carreira. Que pode ir até ahi a liberdade da auctoridade local, disse-o expressamente a commissão de 1900, ao determinar o alcance da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 4.<sup>o</sup>

Comtudo, a liberdade do estado de celebração pode ser modificada por convenções internacionaes. O art. 4.<sup>o</sup> resalva estas convenções e a commissão de 1893 disse com toda a clareza que as mesmas convenções podem ter por objecto tornar *necessario* e *sufficiente* o certificado das auctoridades nacionaes, podendo dizer-se o mesmo de qualquer outro meio de prova.

Da obrigação imposta ao estado da celebração de exigir a demonstração da capacidade matrimonial e da faculdade que lhe é reconhecida de apreciar os meios de prova com que se faça a demonstração, resulta que o mesmo estado tem o direito de se oppôr á celebração do casamento enquanto aquella demonstração se não fizer e de julgar insufficientes os certificados apresentados. Comtudo, o estado de celebração, no proprio interesse dos seus nacionaes, não será exaggeradamente rigoroso para com os estrangeiros, para o effeito de evitar rigores para os seus subditos.

114. Ao direito de o estado da celebração exigir a apresentação de certificados de capacidade, corresponde o *dever* de os estados de origem dos contraentes auctorizarem e obrigarem os seus agentes a passar os mesmos certificados. Não que o estado de celebração lhes possa exigir directamente o cumprimento desse dever, e pedir-lhes contas do seu não cumprimento; mas cabe-lhes esse dever no sentido de que, tendo reconhecido aos estados signatarios a faculdade de exigir os certificados, implicitamente se obrigaram para com os seus nacionaes a proporcionar-lhes o meio de demonstrarem a sua capacidade matrimonial, e portanto a habilitar as suas auctoridades a passar os referidos certifi-

cados, para ser sempre possível aos seus subditos contrair casamento em país estrangeiro.

Mas, se ao estado de origem impende o dever de habilitar as suas auctoridades a passar certificados de capacidade, pode o mesmo estado determinar livremente a auctoridade competente para os passar e a fôrma em que devem ser passados. É assim ó que o estado de origem pode dar competencia simplesmente ás auctoridades internas ou só ás auctoridades diplomaticas e consulares ou dá-la cumulativamente ás duas ordens de auctoridades, bem como pode prescrever que o certificado revista a fôrma negativa ou affirmativa ou conjunctamente uma e outra. É o que claramente resulta da redacção da segunda alinea do art. 4.º comparada com esta passagem do relatorio da commissão de 1900: «O essencial é ter certificados serios passados com conhecimento de causa; quanto á determinação da auctoridade competente para os passar, depende isso necessariamente da organização de cada país, não podendo estabelecer-se uma regra geral a esse respeito, assim como não poderia estabelecer-se a respeito da fôrma em que os certificados devem ser redigidos».

Cumpre, porém, observar que, tendo o estado da celebração o direito de não aceitar os certificados passados por determinadas auctoridades do estado de origem, e bem assim o direito de considerar insufficientes os mesmos certificados, deve o estado de origem regular o assumpto de modo que as suas determinações correspondam ás exigencias do estado da celebração, e que o melhor meio de harmonizar o procedimento dos dois estados será a celebração de accordos administrativos em que claramente se estabeleça a competencia das auctoridades que devem passar os certificados e a fôrma que estes devem revestir.

115.. Os estrangeiros *devem* provar que tẽem a capacidade matrimonial exigida pela lei competente para a regular, isto é,

a capacidade exigida pela lei nacional ou pela lei a que esta se refira.

Se fôr competente a lei nacional, como acontece relativamente aos allemães, austriacos, belgas, franceses, hespanhoes, holandeses, húngaros, luxemburgueses, portuguezes, rumenos e suecos, basta que os interessados provem que são capazes segundo a lei do seu país.

Se a lei nacional remetter para outra lei, deverão os interessados provar, em primeiro lugar, que a sua lei nacional remette para outra lei, e, em segundo lugar, que são capazes segundo esta ultima lei.

Segundo temos dicto, das legislações dos estados contractantes, só a legislação suissa remette para outra lei, a lei do logar da celebração. E porque a lei nacional se refere á lei do país cuja auctoridade tem de celebrar o casamento, não terão os suissos de provar senão que a lei suissa considera valido o casamento celebrado segundo a lei do logar da celebração. Feita esta prova, basta que os cidadãos suissos cumpram as prescripções da lei local que regulam o casamento dos nacionaes do estado da celebração que se casem nesse estado.

A prova de que o lei suissa considera valido o casamento dos cidadãos suissos celebrado segundo a lei do logar da celebração, tambem poderá ser dispensada, se o governo suisso communicar diplomaticamente aos governos dos estados signatarios a disposição da lei suissa que estabelece aquelle preceito, e estes governos derem as convenientes instrucções aos officiaes do registo do estado civil. Assim o fez, por exemplo, o governo suisso em nota diplomatica de 1905 enviada ao governo francês, em que se diz que, em face da constituição federal suissa, que determina que os suissos podem casar no estrangeiro em harmonia com a lei local, e da parte final do art. 1.º da convenção, que respeita esse preceito da constituição suissa, os suissos que desejem contrair casamento em França devem

ser em geral dispensados da justificação prevista pelo art. 4.º da convenção <sup>1</sup>.

A lei suíça não obriga, porém, os cidadãos suíços, que se casem em país estrangeiro, a conformarem-se com a lei do lugar da celebração; apenas lhes concede a faculdade de assim o fazerem, pois também reconhece a validade do casamento celebrado em país estrangeiro em harmonia com a lei suíça. Sendo assim, se os suíços quiserem casar em país estrangeiro em conformidade da sua lei nacional, devem provar que estão nas condições exigidas por essa lei. É porisso que a nota diplomatica acima referida acrescenta: «Este direito reconhecido aos suíços pela lei federal não constitue para elles mais que uma simples faculdade, não obstando a que possam invocar em França, quando lhes pareça util, as disposições do seu estatuto pessoal relativas ao casamento. Serão então obrigados a provar, em conformidade do citado art. 4.º da convenção da Haya, que satisfazem ás condições estabelecidas pela lei suíça».

Para bem medir o alcance da obrigação de provar a capacidade matrimonial, importa comparar o art. 4.º com o art. 3.º, para o effeito de modificar convenientemente a disposição generica daquelle artigo. Segundo o art. 3.º, a lei local pode permittir um casamento prohibido pela lei nacional por motivos de ordem religiosa. Ora, quando nos estrangeiros se der algum impedimento de ordem religiosa, não poderão elles evidentemente provar que estão nas condições de contrair casamento segundo a sua lei nacional, e pelo art. 4.º podia parecer que, em tal caso, á auctoridade local era permittido oppôr-se ao casamento, por se não provar a capacidade matrimonial. Contudo o art. 4.º apenas quis referir-se ás disposições da lei

---

<sup>1</sup> *Revue de dr. int. pr. e dr. pen. int.*, 1906, pag. 426.

nacional ou da lei a que esta se refira que devam ser respeitadas pela lei local, não podendo suppôr-se que a convenção viesse inutilizar com o art. 4.º a permissão estabelecida pelo art. 3.º Porisso, ainda que pela lei competente, segundo o art. 1.º, para regular a capacidade matrimonial haja qualquer impedimento de ordem religiosa, se tal impedimento fôr contrario ás leis de ordem publica do estado local, o official do registo do estado civil deve celebrar o casamento.

116. Para concluir estas ligeiras observações ao art. 4.º da convenção, faremos algumas referencias ao direito dos estados signatarios ácerca do modo de provar a capacidade matrimonial, quer dos nacionaes que se casem em país estrangeiro, quer dos estrangeiros que pretendam casar-se no país.

a) *Allemanha*. Não existindo disposição de character geral destinada a regular a execução do art. 4.º da convenção, nem havendo o codigo civil revogado a legislações particulares dos estados da federação ácerca da competencia das auctoridades para passar os certificados de capacidade, ou ácerca da exigencia dos mesmos certificados, deve considerar-se em vigor a legislação de cada um daquelles estados

Quanto ás auctoridades competentes para passar certificados aos nacionaes, podem as legislações seriar-se deste modo: 1.º Baden, Waldeck e Pymont, os officiaes do registo do estado civil; 2.º Hamburgo, os inspectores das repartições do registo do estado civil; 3.º Bremen, o commissario do senado para as repartições do registo do estado civil; 4.º Alsacia-Lorena, os officiaes do registo do estado civil, se se pede ao mesmo tempo o certificado e as publicações para o casamento, ou o ministerio publico junto do tribunal de 1.ª instancia do logar da naturalidade do esposo; 5.º Mecklemburgo Scheverin, o ministro do interior; 6.º Meckemburgo-Streliz e Reuss (linha velha), o governo do estado; 7.º Reuss (linha nova) e Shaum-

burgo, o ministerio; 8.º) Anhalt, as direcções de circulo; 9.º) Brunsvic, as direcções de circulo e, para os originarios da cidade de Brunsvic, a direcção local de policia; 10.º) Prussia e Saxonia, as auctoridades policiaes do logar do domicilio; 11.º) Saxonia Meiningen e Schwarzburgo Sondershausen, a secção ministerial da justiça; 12.º) Hessen, Saxonia Weimar Eisenach, Showarburgo Rudolstadt e Virtembergue, o tribunal de primeira instancia; 13.º) Baviera, as auctoridades districtaes, ou os magistrados communaes das cidades livres, quanto ás pessoas pertencentes aos territorios da margem direita do Rheno; 14.º) Lippe, os officios administrativos, quanto aos gabitantes do campo, e as auctoridades communaes, quanto aos habitantes das cidades; 15.º) Lübeck, o officio da cidade e campo de Lübeck; 16.º) Oldemburgo, os officios e magistrados municipaes de primeira classe, para os pertencentes ao ducado de Oldemburgo, e os governos respectivos, para os pertencentes aos principados de Lübeck e Birkenfeld.

Relativamente á exigencia de certificados aos estrangeiros que pretendam casar-se na Allemanha, tambem continuam em vigor as legislações dos differentes estados que, resumidamente, dispõem o seguinte: 1.º) na Alsacia-Lorena, Baden, Brunsvic, Brèmen, Hamburgo, Hessen, Lippe, Lübeck, Oldemburgo, Reuss (velha e nova linha), Saxonia, Saxonia Altemburgo, Saxonia Coburgo-Gotha, Saxonia Meiningen e Saxonia Weimar Eisenach, Schwarzburgo Rudolstadt e Schwarzburgo Sondershausen, Waldeck e Pymont, e Virtembergue, os estrangeiros devem apresentar um certificado do seu país de origem que declare que não ha impedimentos conhecidos; 2.º) na Baviera, devem os estrangeiros apresentar certificado, passado pela auctoridade administrativa districtal bavara, de que não ha impedimento, certificado que se obtem provando-se que o casamento é permittido pela lei nacional do esposo; 3.º) em Mecklemburgo-Schwerin e em Mecklemburgo Strelitz, precisam

de pedir licença ao ministro do interior; 4.º) em Schaumburgo Lippe, devem pedir licença ao governo local; 5.º) na Prussia, segundo a lei de 20 de novembro de 1899, modificada pelo decreto de 13 de março de 1900, os austriacos, belgas, franceses, hespanhoes, holandeses, italianos, húngaros, luxemburgueses, portuguezes, rumenos, suecos e suissos, devem apresentar certificados das auctoridades competentes do seu país, e os subditos de outros estados só podem contrair casamento com licença do ministro da justiça. Comtudo, a apresentação do certificado pode ser dispensada: 1.º) na Alsacia-Lorena, pelo ministerio do Reichsland; 2.º) em Anhalt, Brunsvic, Lippe, Oldemburgo, Saxonia Coburgo-Gotha, Saxonia Meiningen e Saxonia Eisenach, Schowarburgo Rudolstadt e Schowarzburgo Sondershausen, pelo ministerio de estado; 3.º) em Baden, Hessen e Prussia, pelo ministro da justiça; 4.º) em Bremen, pelo commissario do Senado para as repartições do estado civil; 5.º) em Hamburgo e Lübeck (cidade livre), pelo Senado; nos principados de Lübeck, Birkenfeld e Reuss (linha velha), o governo local; 6.º) em Reuss (linha nova) e na Saxonia Altemburgo, a secção ministerial da justiça; 7.º) no Waldeck e Pymont, o ministro da justiça prussiano <sup>1</sup>.

b) *Austria*. Para a validade do casamento na Austria, não precisam os austriacos, que se casem no estrangeiro, de licença de qualquer auctoridade do seu país, mas, se a auctoridade local exigir certificado, são competente para o passar as auctoridades politicas do seu domicilio, os quaes attestarão que não é conhecida qualquer circumstancia que obste ao casamento. Os estrangeiros que pretendem casar-se na Austria devem apresentar certificado da auctoridade da sua communa, de que são capazes para contrair casamento, considerando-se suffi-

---

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 266 e segg.

cientes os certificados dos officiaes do estado civil. A Austria não considera sufficientes, em regra, os certificados dos agentes diplomaticos e consulares <sup>1</sup>.

c) *Belgica*. As auctoridades belgas competentes para passar certificados são os officiaes do registo do estado civil. Os estrangeiros que casem na Belgica podem ser dispensados pelos officiaes do registo de apresentar certificados, quando aquelles officiaes conhecerem sufficientemente a lei nacional do interessado, faculdade de que os mesmos officiaes usam frequentemente. Quando necessario, é sufficiente o certificado do agente diplomatico ou consular estrangeiro <sup>2</sup>.

d) *França*. Segundo a practica geral, as auctoridades francesas competentes são os agentes diplomaticos e consulares da republica, e os estrangeiros devem apresentar certificados ou dos officiaes do registo civil do seu país, ou dos agentes diplomaticos e consulares <sup>3</sup>.

e) *Hespanha*. Os consules hespanhoes tẽem competencia para celebrar casamentos, mas parece que não tẽem, em geral, competencia para passar certificados de capacidade. Esta competencia parece pertencer em regra aos officiaes do registo civil do domicilio dos interessados. Relativamente ao casamento de estrangeiros em Hespanha, se o casamento é civil e os interessados não tẽem dois annos de residencia em Hespanha, precisam de apresentar certificado passado por auctoridade competente de que no territorio onde estiveram domiciliados ou residiram nos dois ultimos annos se fez com todas as solemnidades ali exigidas a publicação do matrimonio que pretendem contrair (cod. civ., art. 91.<sup>o</sup>); se o casamento é

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 260.

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 261.

<sup>3</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 262.

catholico, exigir-se-á porventura ou justificação de estado livre feita em Hespanha, ou certificado do parochio da naturalidade do interessado de que não ha impedimento para o casamento.

f) *Hollanda*. A Hollanda regulou o assumpto, na lei de execução da convenção de 7 de julho de 1906, relativamente aos hollandeses que pretendam casar-se em país estrangeiro, determinando que, quanto aos hollandeses domiciliados na Hollanda, são competentes para passar os certificados os officiaes do estado civil do domicílio ou do ultimo domicilio, e, quanto aos não domiciliados na Hollanda, os agentes diplomaticos e, não os havendo, os agentes consulares. Não diz a lei que certificados devem<sup>o</sup> apresentar os estrangeiros que pretendam casar na Hollanda, mas, pelo principio da reciprocidade, serão sufficientes os certificados dos officiaes do estado civil do país dos estrangeiros.

g) *Hungria*. Segundo o art. 113.<sup>o</sup> da lei xxxi de 1894, para o casamento dum hungaro no estrangeiro é necessario que haja publicações na Hungria, e, segundo o art. 59.<sup>o</sup> da lei xxxiii do mesmo anno ácerca do registo do estado civil, é ainda necessario que sobre o certificado das publicações passado pelo official do registo civil o ministro da justiça passe attestado de que não ha impedimento, declarando o relatorio da proposta de lei para a approvação da convenção que os agentes diplomaticos e consulares austro-hungaros não estão auctorizados a passar certificados, pertencendo a competencia para isso exclusivamente ao ministro da justiça. Os estrangeiros que pretendam casar-se na Hungria devem provar, com certificado passado por auctoridade competente do seu país, que não ha impedimento segundo a sua lei nacional, podendo comtudo este certificado ser dispensado pelo ministro da justiça (Lei xxxi, art. 113.<sup>o</sup>)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 279.

h) *Italia*. Os certificados para o casamento de italianos no estrangeiro são passados pelos officiaes do registo do estado civil do domicilio dos interessados, ou do seu ultimo domicilio na Italia, e, se residirem ha mais dum anno no estrangeiro, ou, se o domicilio não é conhecido, pelo official da terra da sua naturalidade ou pelo agente diplomatico ou consular. Os estrangeiros devem provar a capacidade matrimonial com certificado do official do registo do estado civil dos agentes diplomaticos ou consulares, ou do ministro da justiça do seu país, mas, se as auctoridades nacionaes não concederem certificados ou se recusarem a passá-los, podem supprí-los por meio duma justificação judicial feita perante os tribunaes italianos <sup>1</sup>.

i) *Luxemburgo*. Embora não haja disposições geraes sobre o assumpto, parece a BUZZATI <sup>2</sup> que são competentes para passar certificados aos nacionaes os officiaes do estado civil e que são sufficientes, quanto aos estrangeiros, os certificados dos officiaes do estado civil do seu país.

j) *Rumania*. Para os rumenos que pretendem casar em país estrangeiro, são competentes para passar certificados os agentes diplomaticos e consulares da Rumania, e para os estrangeiros são sufficientes os certificados dos agentes diplomaticos ou consulares do seu país <sup>3</sup>.

k) *Suecia*. Foi regulado o assumpto em dois decretos de 8 de julho de 1904. Segundo esses decretos, são competentes para passar certificados aos suecos os parochos ou chefes de parochia em cujo registo parochial estejam inscriptos, se tiverem domicilio na Suecia, e os agentes diplomaticos ou consulares, se estiverem domiciliados em país estrangeiro; e são sufficientes,

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 257 e segg.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pag. 273.

<sup>3</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 275.

quanto aos estrangeiros, os certificados passados por quaesquer auctoridades competentes do seu país <sup>1</sup>.

1) *Suissa*. Segundo a circular do conselho federal de 1905, os cidadãos suissos que queiram casar-se em país estrangeiro em harmonia com a lei suissa e não em harmonia com a lei do logar da celebração, tẽem de provar a sua capacidade matrimonial por meio de attestado passado, pelo official do estado civil do domicilio, ou, na falta de domicilio, do logar de origem, sobre o acto de publicação do casamento, em que declare que em conformidade da lei suissa nada obsta ao casamento; e os estrangeiros devem provar por algum meio, e portanto podem fazê-lo com certificados das auctoridades competentes do seu país, que satisfazem ás condições estabelecidas pela sua lei nacional. Além desta prova, ainda é necessaria licença do governo cantonal respectivo se só a noiva é nacional dum estado contractante <sup>2</sup>.

117. m) *Portugal*. Os artt. 1065.º e 1066.º do codigo civil, regulando a hypothese do casamento de portuguezes em país estrangeiro ou entre si ou com estrangeiros, declaram valido o casamento, desde que se verifiquem as condições exigidas pela lei portuguesa e se observe a lei local quanto á fórma do casamento, sem exigir qualquer auctorização das auctoridades portugesas.

Se, porém, no país onde pretenderem casar, fõrem exigidos certificados de capacidade, qual será a auctoridade competente para os passar ?

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 275 e 437.

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 276 e 441. Devemos notar que, nas informações que damos no texto acerca da legislação ou da pratica dos estados contractantes, nos soccorremos principalmente das indicações da magistral obra de BUZZATI.

Nada dizem as nossas leis a esse respeito. Comtudo, a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio (Cod. civ., art. 12), e porisso, se o codigo civil concede aos cidadãos portuguezes o direito de casarem em país estrangeiro e se para o casamento ali se verificar forem exigidos certificados de capacidade, intendemos que taes certificados podem ser pedidos ás auctoridades portuguezas competentes para os actos de registo do estado civil.

Estas auctoridades variam segundo o registo é parochial ou não parochial. Para o primeiro, são competentes os parochos <sup>1</sup>, e para o segundo são competentes, no reino, os administradores do concelho ou bairro <sup>2</sup>, e, no estrangeiro, os consules portuguezes <sup>3</sup>, ou os agentes diplomaticos que tenham attribuições consulares, como são os chefes de missão em Tanger, Pekim Tokyo <sup>4</sup>.

A qualquer destas auctoridades poderão ser pedidos certificados de capacidade, embora as nossas leis o não digam expressamente. E assim, o portuguez que pretenda casar catholicamente em país estrangeiro e lhe seja exigido qualquer certificado poderá pedi-lo ao parochos que seria competente para o casar no reino. Se o casamento fôr civil, poderá o certificado sêr pedido ou ao official do registo que seria competente para o casar no reino, ou ao consul portuguez em cujo districto se encontrar, se a auctoridade local julgar sufficiente esse certificado. As referidas auctoridades tẽem competencia para celebrar casamentos, é-lhes reconhecida implicitamente competencia para passar certificados de capacidade matrimonial, e é-lhes mesmo

---

<sup>1</sup> Dec. de 2 de abril de 1862.

<sup>2</sup> Reg. de 28 de novembro de 1878, art. 1.º

<sup>3</sup> Reg. consular de 24 de dezembro de 1903, artt. 56 e segg.

<sup>4</sup> Dec. de 24 de dezembro de 1901, artt. 33.º § 5.º, e dec. de 8 de agosto de 1903, art. 7.º

impostá a obrigação de os passar, pois sem essa obrigação não poderia tornar-se effectivo o direito concedido aos cidadãos portuguezes de se casarem em país estrangeiro.

Se as auctoridades consideradas competentes pelas leis estrangeiras não fôrem os officiaes do registo civil, mas quaesquer outras, deverão as auctoridades consideradas competentes *confirmar* os certificados passados por aquelles funcionarios, para assim satisfazer as exigencias do estado da celebração.

Quanto ao casamento de estrangeiros em Portugal, tambem nada dizem as leis portuguezas, além do disposto no art. 2456.º do codigo civil e repetido no art. 20.º do regulamento de 28 de novembro de 1878, onde se dispõe: «Os actos do estado civil dos estrangeiros, residentes em Portugal, poderão ser lançados no registo civil, se elles o requererem, seguindo-se as disposições deste codigo, na parte em que lhes fôrem applicaveis».

Comtudo, do art. 26.º do codigo civil, que concede aos estrangeiros os mesmos direitos que são concedidos aos portuguezes quando a lei não disponha o contrario, resulta que os estrangeiros podem casar *civilmente* em Portugal <sup>1</sup>.

E os estrangeiros catholicos tambem podem casar *catholicamente*, pois o casamento catholico é um dos direitos concedidos aos cidadãos portuguezes catholicos (cod. civ., art. 1057.º), que, por força do art. 26.º, aproveita aos estrangeiros.

Mas nem para o casamento catholico nem para o casamento civil se determina expressamente que os estrangeiros devem apresentar certificados de capacidade passados por quaesquer auctoridades do seu país.

E assim é que, para o casamento catholico, basta, segundo

---

<sup>1</sup> Officio do ministerio do reino de 26 de julho de 1892, *Anuario da direcção geral da administração politica e civil*, vol. iv, pag. 536.

a pratica corrente<sup>1</sup>, que os estrangeiros ou justifiquem, perante o Ordinario, o seu *estado livre*, ou apresentem certidão, passada pela auctoridade competente da terra da sua naturalidade, de que não existe impedimento.

Quanto ao casamento civil, distingue a pratica, e justamente, entre a hypothese de os estrangeiros estarem domiciliados no reino, e a hypothese de aqui apenas se encontrarem eventualmente.

No primeiro caso, exige-se-lhes: 1.º *attestado de residencia* passado pelo regedor respectivo, como meio de determinar a competencia do official do registo civil, que deve ser o do domicilio ou da residencia dos nubentes (cod. civ., art. 1075.º); 2.º *certidão de idade*, igualmente exigida aos portuguezes pelo § 2.º do art. 1075.º do codigo civil. E ainda se lhes deve exigir, e certamente se lhes exige: 3.º *documentos de consentimento* dos seus superiores legitimós, se delle carecerem segundo a sua lei nacional, bem como *documentos de dispensa* de impedimentos se tiverem impedimento que possa ser dispensado, pois exigem-se aos portuguezes semelhantes documentos (cod. civ., art. 1075.º, § 2.º) e nada na lei auctoriza a tratar de modo differente os estrangeiros, que, se têm os mesmos direitos que os portuguezes, devem exercê-los nas mesmas condições, embora os regulem leis differentes<sup>2</sup>.

No segundo caso, exigem-se-lhes os mesmos documentos que no caso anterior, com a differença de que o attestado do regedor é, como se torna evidente, de *residencia eventual*, e além disso, exige-se-lhes — *documento comprovativo do estado*

---

<sup>1</sup> Sr. dr. COELHO DA SILVA, *Manual do direito parochial*, n.º 58 e 251.

<sup>2</sup> Segundo somos informados, alguns officiaes do registo do estado civil não parochial ainda exigem o *bilhete de residencia*, como prova da legitimidade da permanencia no reino.

*civil*, para evitar a realização dum segundo casamento, sem que o primeiro esteja dissolvido, como expressamente determina o art. 1073.º, n.º 5.º, do código civil.

Mas este estado de direito ainda prevalecerá, depois das convenções da Haya, nas relações de Portugal com os estados contractantes? Ou deverão as auctoridades portuguesas exigir *sempre* aos nacionaes dos estados contractantes certificados de capacidade ou qualquer outra prova de que satisfazem ás condições necessarias segundo a sua lei nacional ou segundo a lei a que esta se refira?

Parece-nos que, em harmonia com o art. 4.º da convenção, os parochos ou os officiaes do registo civil não parochial devem exigir aos estrangeiros a prova da sua capacidade matrimonial. Aquelle artigo diz que os estrangeiros devem provar a sua capacidade, e porisso afigura-se-nos, como já dissemos, que os estados signatarios se obrigaram a exigir a prova da capacidade, embora o estado da celebração seja o juiz do meio de justificação a empregar, como dizia a commissão de 1893 e como se infere da alinea 2.ª do artigo. Porisso, para as auctoridades portuguesas cumprirem a convenção, tẽem certamente de exigir aquella prova. E, o meio probatorio deverá ser normalmente o certificado de capacidade passado pela auctoridade competente do país a que pertença o interessado, e porisso, salva disposição em contrario da lei daquelle país, certificado dos officiaes do registo do estado civil. Só assim se assegurará o cumprimento da obrigação estabelecida pelo art. 4.º da convenção, se adquirirá a segurança da applicação da lei competente para regular a capacidade matrimonial, e se evitarão fraudes que a convenção legitimamente quis afastar.

## § V

Fórma do casamento <sup>1</sup>

## DIVISÃO I

## Fórma do casamento celebrado perante as auctoridades do estado local

SUMMARY: — 118. O art. 5.º da convenção. Sua elaboração nas conferencias de 1893, 1894 e 1900. — 119. A fórma do casamento segundo a legislação interna dos estados contractantes. — 120. Lei reguladora da fórma do casamento segundo o systema de direito internacional privado de cada um dos estados contractantes. — 121. Termos em que o art. 5.º da convenção reconheceu o principio *Locus regit actum*. — 122. Valor do casamento civil contraído pelos nacionaes dum estado cuja legislação exige uma celebração religiosa. — 123. Obrigação de respeitar as publicações matrimoniaes exigidas pela lei nacional. Consequencia do não cumprimento desta obrigação. — 124. Obrigação de remetter uma copia authentica do assento de casamento ás auctoridades do pais de cada um dos conjuges.

118. Determinada a medida de applicação da lei nacional ou da lei a que esta se refira, e estabelecida a obrigação e o modo de provar a capacidade matrimonial, fórmula a convenção nos artt. 5.º, 6.º e 7.º os preceitos relativos á fórma do casamento para que este seja valido nas relações dos estados

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 42, 43, 48, 51, 52 e 53; *Actes II*, pagg. 44 e 48; *Actes III*, pagg. 163, 164, 174, 175 e 176; *Documents III*, pagg. 12 a 14; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 281 e segg.; ORESCU, *ob. cit.*, pagg. 277 e segg.; ROGUIN, *ob. cit.*, pagg. 96 e segg.; Sr. dr. THIEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pag. 112; etc.

contractantes. No art. 5.º estabelece o regimen formal do casamento celebrado perante as auctoridades locais e fixa o valor do casamento realizado em harmonia com esse regimen; no art. 6.º reconhece a validade formal dos casamentos diplomaticos e consulares e regula as condições em que esses casamentos podem ser celebrados; e no art. 7.º estabelece o valor do casamento formalmente em harmonia com a lei nacional dos conjuges, mas celebrado em contrario da lei do lugar da celebração. Estudaremos separadamente cada um destes assumptos, para expormos os principios da convenção na sua successão logica.

A commissão de 1893 estabelecia o regimen formal do casamento de estrangeiros celebrado perante as auctoridades locais nestes termos:

«Art. 4.º Será, em toda a parte, reconhecido como valido, quanto á fôrma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver effectuado.

«Esta regra não deve, todavia, impor aos países, cuja legislação exige uma celebração religiosa, a obrigação de reconhecerem como validos os casamentos contraídos pelos seus nacionaes no estrangeiro sem observarem esta prescripção.

«Uma copia authentica do assento de casamento será transmittida ás auctoridades do país de cada um dos conjuges»<sup>1</sup>.

A disposição era assim motivada no relatorio: «Quanto á fôrma da celebração, não hesitou a commissão em estabelecer a regra tradicionalmente expressa na maxima *locus regit actum*. O casamento regularmente celebrado num país, em conformidade da lei deste país, deve, sob o aspecto da fôrma, ser considerado valido, não só neste país, mas nos outros países,

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 50.

mesmo na patria dos conjuges, qualquer que seja a differença existente entre as formalidades exigidas.

«Convem, todavia, ter em consideração escrupulos muito respeitaveis. Certos países não admitem que possa haver casamento sem uma celebração religiosa. Não poderiam porisso consentir em reconhecer a validade dum casamento puramente civil contraído pelos seus nacionaes. Deve dar-se-lhes o direito de não considerarem o casamento como valido; nada impedirá, contudo, que o país da celebração e terceiros países applicuem a regra geral.

«É muito util assegurar uma prova facil do casamento realizado. É porisso que a commissão propõe que se determine que uma copia authentica do assento lavrado será transmitida ás auctoridades do país de origem dos dois esposos. Convenções bastante numerosas tẽem sido concluidas segundo esta ordem de ideias relativamente aos diversos actos do estado civil e não simplesmente a respeito dos assentos de casamento»<sup>1</sup>.

A conferencia approvou em principio, depois de pequena discussão, o artigo proposto pela commissão<sup>2</sup>. Accrescentou-lhe, porém, por proposta de ASSER e em deliberação unanime, uma alinea concebida nestes termos: «Fica igualmente intendido que deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em materia de publicações». A commissão justificou do seguinte modo o accrescentamento: «Pareceu necessario accrescentar uma disposição expressa ácerca das publicações a fazer no país de origem. A commissão tinha formulado expressamente no seu relatorio a obrigação de observar a lei nacional tanto sobre este ponto como pelo que respeita ás outras

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 48.

<sup>2</sup> *Actes I*, pag. 42.

condições exigidas para contrair casamento. Pensara que esta necessidade resultava sufficientemente dos termos geraes do art. 1.º A conferencia julgou, não sem razão, que podia haver duvida e quis fazê-la desaparecer»<sup>1</sup>.

Além disso, deu-se ao artigo nova redacção, que foi approvado pela conferencia com esta fórma:

«Art. 4.º Será, em toda a parte, reconhecido como valido, quanto á fórma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver effectuado.

«Fica todavia intendido que os países, cuja legislação exige uma celebração religiosa, poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos contraídos pelos seus nacionaes no estrangeiro, com inobservancia desse preceito.

«Fica egualmente intendido que as disposições da lei nacional em materia de publicações devem ser respeitadas.

«Uma copia authentica do assento de casamento será transmittida ás auctoridades do país de cada um dos conjugues»<sup>2</sup>.

A conferencia de 1894 approvou sem modificação a resolução da conferencia anterior<sup>3</sup>.

A commissão de 1900 propôs no art. 5.º do seu projecto a seguinte disposição, que foi integralmente approvada pela conferencia e constitue o art. 5.º da convenção:

Art. 5.º

*Texto da convenção*

Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la

Art. 5.º

*Traducção official*

Será em toda a parte reconhecido como valido quanto á fórma o casamento cele-

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 52.

<sup>2</sup> *Actes I*, pagg. 51 e 52; *Protocollo final*, pagg. 1 e 2.

<sup>3</sup> *Actes II*, pagg. 44 e 48; *Protocollo final*, pag. 2.

loi du pays où il a eu lieu.

Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une célébration religieuse pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée.

Les dispositions de la loi nationale en matière de publications devront être respectées; mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays des époux.

brado segundo a lei do país onde se houver effectuado.

Fica todavia intendido que os países cuja legislação exige uma celebração religiosa poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos contraídos pelos seus nacionaes no estrangeiro, com inobservancia desse preceito.

Deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em matéria de publicações; mas a falta destas não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países além daquelle cuja lei tiver sido violada.

Uma copia authentica do assento de casamento será transmittida ás auctoridades do país de cada um dos conjuges.

A comissão commenta assim o seu artigo: «Comparando este artigo com o art. 4.º do Projecto de Programma (egual ao artigo votado pelas conferencias de 1893 e 1894), parece não haver differença notavel: a alinea 1.ª é identica nos dois artigos; as alineas 2.ª e 4.ª soffreram mudanças puramente de fórma; a alinea 3.ª precisa melhor o que respeita ás publicações.

«A disposição relativa ás publicações pode ser facilmente motivada. Se se attendesse á regra geral do art. 1.º, só teriam

de considerar-se, relativamente a publicações, que fazem parte da fôrma do casamento, as disposições da lei do logar da celebração. A lei nacional ou, mais exactamente, a lei indicada pelo art. 1.º do nosso projecto pode prescrever publicações para os casamentos que se realizem no estrangeiro; as suas disposições a este respeito devem ser respeitadas pelos interessados. Não se impõe á auctoridade do logar da celebração a obrigação de exigir, independentemente das publicações prescriptas pela sua propria lei, as que prescreva a lei dos futuros conjuges. Se os interessados não respeitaram, quanto a publicações, a lei que regula as condições do casamento, essa lei determinará naturalmente a sancção, que poderá ser a nullidade. Mas a nullidade não poderá ser pronunciada por este motivo noutros países além daquelle cuja lei tiver sido violada. O nosso artigo precisa nitidamente este ponto, que não tinha sido previsto no texto votado em 1894»<sup>1</sup>.

119. A convenção *admittit*, por um lado, o principio *locus regit actum* para determinar dum modo geral a lei reguladora da fôrma do casamento, e *transigiu*, por outro lado, com as legislações que exigem a celebração religiosa do casamento. Para vermos a razão por que o principio *locus regit actum* foi accedido sem hesitação pela commissão de 1893 e não levantou objecções por parte de ninguem em qualquer das conferencias, e bem assim para verificarmos até onde é justificada a transacção com as legislações que exigem uma celebração religiosa, faremos a synthese comparativa das legislações dos estados contractantes relativamente, primeiro, á fôrma do casamento como ella é estabelecida por essas legislações, e, depois, á determinação da lei reguladora da fôrma do casamento.

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pagg. 175 e 176.

As legislações dos estados contractantes relativamente á fôrma do casamento constituem tres correntes :

1.<sup>a</sup>) *Casamento civil universalmente obrigatorio*. Esta corrente é constituída pelo direito allemão, belga, francês, hollandês, hungaro, italiano, luxemburguês, rumeno e suíço <sup>1</sup>. Segundo a legislação dos respectivos paízes, todos os individuos que queiram casar-se no paiz e perante as auctoridades locaes têm de sujeitar-se, ainda que sigam uma determinada confissão religiosa, á fôrma matrimonial estabelecida pela lei civil, sendo até obrigados na maior parte dos mesmos paízes <sup>2</sup> a celebrar o casamento civil antes do casamento religioso, na hypothese de quererem acompanhar o acto civil da cerimonia religiosa.

2.<sup>a</sup>) *Casamento religioso obrigatorio para certas pessoas e civil para outras*. Aparece esta corrente no direito austriaco, hespanhol e sueco. Na Austria, o casamento religioso é obrigatorio para as pessoas pertencentes a uma religião reconhecida, isto é, segundo a Patente de 13 de outubro de 1781, para os cotholicos, evangelicos, gregos não unidos, hebreus, e, segundo o decreto de 18 de outubro de 1877, para os velhos catholicos; e o casamento civil é obrigatorio para todos aquelles que não pertencem a nenhuma religião reconhecida pelo estado. O casamento civil ainda é na Austria *subsidiario* do casamento religioso para os esposos aos quaes, embora pertencentes a uma religião reconhecida pelo estado, o ministro da sua religião recusa a celebração do casamento por vir-

---

<sup>1</sup> Codd. civv., al., artt. 1317.<sup>o</sup> e segg., fr. e lux., art. 165.<sup>o</sup>, hol., art. 131.<sup>o</sup>, it., artt. 93.<sup>o</sup> e segg., rum., art. 151.<sup>o</sup>, suíss., artt. 105.<sup>o</sup> e segg., lei belg., de 26 de dezembro de 1891, art. 8.<sup>o</sup>, lei hung., xxxi, de 1894, artt. 28.<sup>o</sup> e segg., lei lux., de 12 de junho de 1868.

<sup>2</sup> ROGUIN, *ob. cit.*, pag. 142.

tude dum impedimento não previsto pelo código civil <sup>1</sup>. Na Hespanha, os catholicos devem casar segundo a fôrma estabelecida pelas leis da Igreja recebidas em Hespanha (cod. civil, artt. 42.º e 75.º); os outros individuos devem casar civilmente (cod. cit., artt. 42.º e 93.º e segg.). Na Suecia, é obrigatorio o casamento religioso entre nubentes pertencentes á mesma religião, sempre que os ministros desta estejam auctorizados a celebrá-lo, como são os pastores lutheranos, os das outras confissões christãs que obtiveram auctorização regia, e os rabbinos; e é obrigatorio o casamento civil entre judeus e christãos, ou entre christões nenhum dos quaes pertença a uma Igreja reconhecida. Deve ainda acrescentar-se que o casamento civil é *facultativo* entre christãos um dos quaes pertença a um culto reconhecido, isto é, em tal hypothese, o casamento tanto pode ser celebrado perante o ministro do culto a que pertence um dos nubentes como perante o official competente para assistir ao casamento civil <sup>2</sup>.

3.ª) *Casamento religioso para os catholicos e casamento civil para catholicos e não catholicos.* É a corrente que informa o direito português. Embora o art. 1057.º do código civil diga que os catholicos celebrarão os casamentos pela fôrma estabelecida na igreja catholica e que os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registo civil, e pela fôrma estabelecida na lei civil, o que podia parecer indicar que os catholicos só podiam casar catholicamente e que o casamento civil só era permittido aos não catholicos, como acontece na Hespanha, comtudo, porque o art. 1081.º não permite inquerito acerca da religião dos contraentes e porque o art. 1090.º não permite a annullação do

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 282; ROGUIN, *ob. cit.*, pag. 126.

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 283; ROGUIN, *ob. cit.*, pag. 122.

casamento civil por motivo da religião dos contraentes, é indiscutível que os catholicos podem casar civilmente e que, assim, segundo o nosso direito, o casamento catholico é *facultativo* para os catholicos, e o casamento civil é *obligatorio* para os não catholicos.

Não foi a convenção assignada por nenhum estado de casamento exclusivamente religioso. Estava representada na conferencia a Russia, cujas leis não reconhecem o casamento civil, mas, certamente porque não foi attendida a sua proposta para que a alinea 2.<sup>a</sup> do artigo fosse substituida por uma outra assim redigida — «Fica todavia intendido que os casamentos contraídos no estrangeiro, se uma ou ambas as partes pertencerem a um país cuja legislação exige uma celebração religiosa, só são reconhecidos como validos se, independentemente da observancia das prescripções da lei local, forem celebrados pelo clerigo competente»<sup>1</sup> — não assignou a convenção nem ainda a ella adheriu.

Este resumo das legislações dos estados contractantes e a referencia á legislação russa, a qual as conferencias tiveram certamente em vista como das mais extremas sob o aspecto confessional, dão-nos a explicação de as conferencias haverem transgido com os estados cujas legislações exigem uma celebração religiosa, modificando o principio *locus regit actum* no sentido de que esses estados podem deixar de considerar validos os casamentos dos seus nacionaes contraídos em país estrangeiro sem a observancia de tal preceito.

120. Á parte a concessão feita ás legislações confessionaes, admittiram as conferencias sem hesitações o principio tradicional *locus regit actum*. A decidida acceitação do principio foi o resultado do modo de ser das legislações dos estados contractantes.

---

<sup>1</sup> *Documents III*, pag. 14.

Eram unanimes estas legislações em admittir aquelle principio na determinação da lei reguladora a) tanto do casamento dos nacionaes em país estrangeiro, b) como do casamento dos estrangeiros no seu territorio e perante as auctoridades locais:

a) *Casamento dos nacionaes em país estrangeiro.* Sobre este ponto obedecia o direito dos estados contractantes tambem a tres correntes.

A primeira corrente era constituída pelas legislações allemã, belga, franceza, hollãdesa, hungara, italiana, luxemburguesa, portuguesa, rumena e suissa <sup>1</sup>, segundo as quaes a fórma do casamento dos nacionaes em país estrangeiro é exclusivamente regulada pela lei do logar da celebração, e portanto o casamento será civil ou religioso e um ou outro facultativo ou obrigatorio, segundo a legislação do estado local.

A segunda corrente abrangia as legislações austriaca e sueca <sup>2</sup>, pelas quaes o casamento de nacionaes em país estrangeiro é valido quando celebrado quer segundo a fórma estabelecida pela lei do país da celebração quer segundo a lei nacional, isto é, aquellas legislações raconheciam o principio *locus regit actum*, mas sob a fórma facultativa.

A terceira informava o direito hespanhol, segundo o qual, embora a fórma do casamento de hespanhoes em país estrangeiro seja em geral regulada pela lei do logar da celebração, é considerado valido o casamento catholico celebrado por subditos hespanhoes num país de casamento civil obrigatorio <sup>3</sup>.

b) *Casamento de estrangeiros no estado local.* Eram e são

<sup>1</sup> Codd. civv., fr. e lux., art. 170.º; hol., art. 138.º; it., art. 100.º; port., artt. 24.º, 1065.º e 1066.º; rum, art. 152.º; suis., tit. final, art. 61.º, alinea 7 f; lei de introdução do cod. civ. all., artt. 11.º e 13.º; lei belg. de 20 de maio de 1882; lei hung. cit., art. 113.º; Const. suis., art. 54.º, e lei federal de 24 de dezembro de 1874, art. 25.º, alinea 3.ª

<sup>2</sup> Lei sueca de 1904, cap. I, art. 6.º; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 285 e segg.

<sup>3</sup> Cod. civ. hesp., artt. 11.º e 55.º; BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 287.

unanimos as legislações dos estados contractantes em sujeitar os estrangeiros á fôrma de casamento estabelecida pela lei local. Na Allemanha, Hespanha, Hollanda, Hungria, Suecia e Suissa, é isso estabelecido em lei expressa <sup>1</sup>; em Portugal, resulta, por logica reciprocidade, dos artt. 24.<sup>o</sup> e 1065.<sup>o</sup> do codigo civil, que *mandam* regular, quanto á fôrma, os actos, em geral, e o casamento, em especial, dos portuguezes em país estrangeiro pela lei do logar da celebração, e deduz-se, por analogia, do art. 4.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 3.<sup>o</sup> do codigo commercial que, sem fazer distincção de pessoas ou de logares, *manda* regular a fôrma dos actos pela lei do país da celebração; nos demais países, Austria, Belgica, França, Italia, Luxemburgo e Rumania, é principio incontestavelmente admittido pela doutrina e pela jurisprudencia <sup>2</sup>. «E de resto, nota BUZZATI, é perfeitamente justificavel a exclusiva imposição feita pelo estado das suas fôrmas aos estrangeiros que se casam no seu territorio. Determinado, com o rigor exigido pela grande importancia do acto, o modo por que o mataimonio pode ser contraído, só mediante a observancia das proprias fôrmas o estado pode garantir aos estados estrangeiros a validade formal das uniões dos nacionaes destes estados e bem assim assegurar o respeito da lei nacional dos estrangeiros nas disposições relativas á validade intrinseca do casamento» <sup>3</sup>.

O modo de ser das legislações explica, pois, a accitação do principio *locus regit actum* e até indica que, com pequeno

---

<sup>1</sup> Lei de int. do cod. civ., art. 13.<sup>o</sup>; lei hol. de 15 de maio de 1829, art. 10.<sup>o</sup>; cod. civ. hesp., artt. 11.<sup>o</sup>, 42.<sup>o</sup> e 91.<sup>o</sup>; lei hung. cit., art. 113.<sup>o</sup>; lei sueca de 1904, cap. I, art. 4.<sup>o</sup>; Const. suis., art. 54.<sup>o</sup>; lei fed. suis. de 1874, art. 25.<sup>o</sup>, e cod. civ. suis., tit. final, art. 61.<sup>o</sup>, alinea 7 c.

<sup>2</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 289, e *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, pagg. 208 e segg.

<sup>3</sup> *Ob. cit.*, *log. cit.*

DIR., 19.<sup>o</sup> CAD.

sacrifício, os estados signatarios podiam acceitar o principio em todo o seu rigor, para o que bastava que a Austria e a Suecia considerassem o principio obrigatorio para o casamento dos nacionaes em país estrangeiro.

121. Segundo a alinea 1.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> da convenção, *será em toda a parte valido, quanto á fórma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver celebrado*<sup>1</sup>.

Referindo-se a esta disposição, disse a commissão de 1893 que não hesitara em estabelecer a regra tradicionalmente expressa pela maxima *locus regit actum*, pois, em seu intender, o casamento regularmente celebrado num país em conformidade da lei desse país devia ser considerado formalmente valido não só nesse país mas em todos os demais, ainda no país dos conjuges, qualquer que seja a differença que possa haver entre as formalidades exigidas nos differentes países, e a commissão de 1900 accrescentou que a primeira alinea do artigo, que se limitava a applicar á fórma do casamento a celebre maxima *locus regit actum*, fôra adoptada sem objecção.

Não diz, porém, a convenção nem de modo explicito o disseram as commissões, qual o valor exacto da fórmula — *segundo*

---

<sup>1</sup> Pela alinea 1.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup>, podem evidentemente os estrangeiros casar civil ou religiosamente num país que admitta as duas fórmulas de casamento civil e religioso. Poderão, porisso, em Portugal e Hespanha, casar catholicamente. Contudo, para que nos dois países possam casar catholicamente, é indispensavel que satisfaçam a todas as prescripções das leis canonicas recebidas nesses países, já que em ambos, como era natural, o casamento catholico é regulado pelas leis canonicas (cod. civil port. artt. 1057.<sup>o</sup> e 1069.<sup>o</sup>, e cod. civ. hes., artt. 42.<sup>o</sup> e 75.<sup>o</sup>) e a auctoridade ecclesiastica não pode celebrar um casamento que não seja conforme ás leis da Igreja.

a lei do país onde se houver celebrado, de modo a ficar bem determinado se a convenção se refere á lei interna do estado da celebração sobre a fôrma do casamento, ou se ao contrario se refere á norma de *conflictos* desse estado sobre a fôrma do casamento. E a questão é importante, pois, se a convenção se refere á lei interna do estado da celebração, o casamento só será valido quando a fôrma da lei local tenha sido observada e o principio *locus regit actum* reveste na convenção caracter fundamentalmente *obligatorio*, e, se a convenção se refere á norma de *conflictos* do estado local, o casamento de estrangeiros será valido quando celebrado em harmonia com a lei competente segundo essa norma de *conflictos*, e porisso será applicavel quer a lei local quer a lei nacional, quer uma ou outra, consoante a norma de *conflictos* tornar obrigatoria uma ou outra lei ou permittir a escolha entre ellas.

Qual, pois, o verdadeiro sentido da fórmula?

BUZZATI, embora reconheça que a interpretação mais simples parece ser que a fórmula se refere á lei interna, e que a intenção das conferencias foi effectivamente tornar dependente a validade do casamento da observancia da fôrma estabelecida pela lei do lugar da celebração, pensa comtudo que a mesma fórmula se refere á norma de *conflictos* do estado da celebração e que, porisso, se a lei local considerar valido o casamento de estrangeiros celebrado segundo a fôrma estabelecida pela lei nacional, deverá ser reconhecida em toda a parte a validade do casamento. E isto, porque a convenção, nem expressa nem indirectamente, indica que, se a *lex loci* admite a efficacia da fôrma matrimonial estabelecida pela lei nacional, o casamento assim celebrado não deva ser reconhecido em toda a parte.

Somos de parecer contrario. Pensamos que a fórmula se refere á lei interna.

Em primeiro lugar, as commissões de 1893 e de 1900 declararam que a alinéa 1.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> consagrava o principio *locus*

*regit actum*, e este principio é por todos entendido como referindo-se á lei local interna e não ás normas locais de conflictos.

Depois, a comissão de 1900, justificando o art. 7.º, que está intimamente relacionado com a alinea 1.ª do art. 5.º, pois representa uma limitação á regra por ella estabelecida, disse que o casamento religioso celebrado num país em que os actos do estado civil estão secularizados é nullo neste país como contrario a uma lei de ordem publica, signal de que a comissão, ao sujeitar a fórma do casamento á lei local, quis referir-se ás disposições desta lei em que effectivamente se regula a fórma do casamento.

Demais, a conferencia de 1894 e a comissão de 1900 regeitaram a proposta feita em 1894 pelo delegado da Noruega<sup>1</sup> e repetida em 1900 pela Suecia<sup>2</sup> e Noruega para que na convenção se estabelecesse o principio de que seria valido o casamento religioso celebrado em país estrangeiro, entre nacionaes dum mesmo estado, em conformidade da lei deste estado, se a lei do país da celebração a isso se não oppusesse, o que mostra que tanto a segunda conferencia como a comissão de 1900 entenderam que o casamento devia ser celebrado segundo a fórma da lei local e não segundo a fórma da lei nacional, ainda que a lei local o permitisse.

Além disso, entender a fórmula como referindo-se ás normas de conflictos do estado da celebração, equivalia a admittir na alina 1.ª do art. 5.º mais uma regra de devolução, pois não haveria referencia a uma lei interna mas a uma lei de direito internacional privado, quando a comissão de 1900 declarou que não admittia a theoria da devolução como principio geral de direito internacional e que a perfillhará no art. 1.º apenas

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 44 e 45.

<sup>2</sup> *Documents III*, pagg. 14 e 179

por motivos de oppurtunidade, o que certamente revela que, se a commissão quisesse reconhecê-la no art. 5.º, o teria dicto claramente.

Ainda, se a convenção pretendesse, com effeito, consagrar mais uma regra de devolução, usaria uma fórmula semelhante á que usou no art. 1.º, e diria certamente — «segundo a lei do país onde se houver effectuado, a não ser que uma disposição desta lei se refira expressamente a outra lei».

Por fim, a conferencia de 1900, que elaborou a convenção, não reconhecendo a theoria da devolução, accitou implicitamente o principio de que, como diz ASSER, a sciencia do direito internacional privado tem por fim designar directamente a propeia lei que deve regular uma relação juridica e se não limita a remetter para as regras de conflictos vigentes num determinado estado, e porisso a convenção deve ser interpretada no sentido de que, quando se refere á lei dum determinado estado, quer indicar essa lei nas suas disposições de direito interno.

A referencia ás normas de conflictos só pode ser excepção e portanto ou deve ser expressa ou simplesmente admittir se quando a convenção não possa ter outra interpretação.

Sendo assim, devemos concluir que a alinea 1.ª do art. 5.º se refere á lei interna do país da celebração, e que a observancia desta lei é obrigatoria, apenas com a restricção de efficacia estabelecida pela alinea 2.ª, que já conhecemos, e com a limitação formulada no art. 7.º, de que adiante daremos noticia.

122. Aceito o principio *locus regit actum* e dada a circumstancia de os estados representados nas conferencias estabelecerem, uns exclusivamente o casamento civil, e outros exigirem que todos ou alguns dos seus nacionaes se casem religiosamente, intenderam as mesmas conferencias que não

deviam consagrar aquelle principio de modo absoluto, por fórma a impôr aos estados confessionaes o reconhecimento do casamento civil contraído pelos seus nacionaes em país estrangeiro, e logo em 1893 a conferencia votou a doutrina que se lê na alinea 2.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> da convenção, pela qual — *os países cuja legislação exige uma celebração religiosa poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos contraídos pelos seus nacionaes no estrangeiro com inobservancia desse preceito.* Com esta disposição procurou a convenção, segundo a linguagem da comissão de 1893, attender os escrupulos dos estados confessionaes.

Em 1900 prophunha a Russia <sup>1</sup> uma doutrina extrema, segundo a qual os casamentos contraídos no estrangeiro por subditos dum país cuja legislação exige uma celebração religiosa só seriam reconhecidos como validos se, *independente-mente da observancia das prescripções da lei local,* fossem celebrados pelo clerigo cômpetente.

A proposta foi rejeitada pela comissão e pela conferencia <sup>2</sup>, que se esforçaram por conciliar as tendencias encontradas dos estados confessionaes e inconfessionaes, formulando, no dizer de КАHN, a solução mais oppórtuna, pois semelhante doutrina, se não produz a harmonia completa, reduz ao minimo os conflictos e aplanam o caminho para ultteriores limitações e para a possivel suppressão total dos mesmos conflictos, e, além disso, respeita sufficientemente a legislação do estado de celebração e do estado de origem, já que, não podendo nenhum desses estados pretender que o outro renuncie á tendencia de preponderancia da sua lei, enquanto esta fôr considerada pela ordem juridica interna como necessariamente indispensavel, e

<sup>1</sup> *Documents III*, pagg. 14 e 176.

<sup>2</sup> *Actes III*, pagg. 63, 164 e 175.

não sendo as duas tendencias conciliaveis, só resta reconhecer os resultados oppostos como nacionalmente validos e renunciar a estabelecer uma norma internacional obrigatoria <sup>1</sup>.

Se, pois, a legislação dum estado exige uma celebração religiosa, e os nacionaes desse estado casam civilmente em país estrangeiro, pode o mesmo estado deixar de reconhecer o casamento como valido.

Esta faculdade só poderá, porém, ser exercida pelo estado de que os conjugues sejam nacionaes, como a letra da disposição claramente o dá a intender, sendo assim a alinea 2.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> mais restrictiva que a alinea 2.<sup>a</sup> do art. 3.<sup>o</sup>, segundo a qual tanto o estado de origem como terceiros estados podem deixar de reconhecer o casamento permittido pelo estado local, apesar de haver um impedimento de character religioso. Vê-se, pois, que a convenção considera menos grave a não applicação duma lei nacional de simples fôrma do que a não applicação duma lei nacional de capacidade matrimonial.

E restricta assim ao estado de origem a faculdade de não reconhecer a validade do casamento, verifiquemos quaes dos estados contractantes usarão da mesma faculdade.

Como vimos acima, dos estados signatarios da convenção, reconhecem o casamento religioso a Austria, a Hespanha, Portugal e a Suecia. Comtudo: a Austria reconhece a validade do casamento dos seus nacionaes contraído em país estrangeiro em harmonia com a fôrma estabelecida pela lei do estado da celebração, considerando valido o casamento civil mesmo quando nesse estado fosse simplesmente permittido e não obrigatorio, e porisso ó natural que não modifique a pratica anteriormente seguida e, consequentemente, não use daquella faculdade; Portugal procederá de modo igual, pois

---

<sup>1</sup> Cit. por BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 301.

não só admitte que os nacionaes catholicos se casem civilmente no reino, pelo que é logico que tambem reconheça o seu casamento civil contraído em país estrangeiro, mas ainda sujeita a fôrma dos actos, em geral, e do casamento, em especial, realizados por portuguezes no estrangeiro á lei do logar da celebração; e a Suecia consagrou na lei do 8 de julho de 1904 a doutrina que já seguia anteriormente e pela qual — «Se o matrimonio é contraído em país estrangeiro e na fôrma que prescreve a lei desse país, deve o mesmo matrimonio ser considerado no reino como realizado na fôrma devida, quer se tracte de cidadãos suecos quer se tracte de estrangeiros». O procedimento da Hespanha não pode precisar-se. Por um lado, em 1900, o conselho federal suisso communicava á assembleia federal as seguintes informações obtidas oficialmente da Hespanha — «O matrimonio contraído no estrangeiro por dois hespanhoes ou por um hespanhol e uma estrangeira será valido em Hespanha sempre que seja celebrado na fôrma prescripta pela legislação do país da celebração, embora, quando o noivo seja catholico, se deva aconselhar que o matrimonio civil seja seguido de benção nupcial na Igreja catholica»<sup>1</sup>, — donde se conclue que a fôrma local é sufficiente, embora aconselhavel a benção religiosa; por outro lado, o delegado hespanhol na terceira conferencia, na sua memoria sobre o projecto de programma<sup>2</sup>, notava que difficilmente seriam considerados como conjuges dois hespanhoes catholicos que se casassem civilmente no estrangeiro. Em face destas indicações em sentido tão diverso não pode determinar-se com exactidão se a Hespanha usará ou não da faculdade concedida pela alinea 2.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> É, porém, na-

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 203 e 302.

<sup>2</sup> *Documents III*, pag. 144.

tural que na lei que venha a approvar a convenção o ponto seja esclarecido.

123. Segundo já dissemos, o projecto da commissão de 1893 não se referia a quaesquer formalidades de publicação do casamento. Apenas o relatorio tocava o assumpto nestes termos: «certas legislações exigem que os seus nacionaes que queiram casar em país estrangeiro façam publicações no país de origem; esta exigencia deverá ser respeitada no país em que a celebração fôr projectada»<sup>1</sup>. Intendia, comtudo, a commissão que a obrigação de respeitar as publicações derivava logicamente dos termos geraes do art. 1.º.

Todavia, certamente porque podia pelo menos duvidar-se se as publicações não constituiam antes um elemento de forma do que uma condição de validade intrinseca do casamento, resolveu a conferencia em assembleia geral que a convenção se referisse ás publicações e porisso a commissão formulou e motivou a já conhecida deliberação da conferencia de 1893<sup>2</sup>. A commissão de 1900 modificou, porém, esta deliberação, propondo á conferencia a disposição que hoje se lê na alinea 3.ª do artigo da convenção: «*Deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em materia de publicações; mas a falta destas não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países além daquelle cuja lei tiver sido violada*».

Estudemos esta disposição em cada um dos seus elementos.

a) Em primeiro logar importa determinar quaes sejam as publicações a que a disposição se refere.

As publicações têm por fim tornar conhecido ou o pro-

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 46.

<sup>2</sup> *Supra*, pag. 477.

jecto de casamento ou o casamento já realizado. A primeira forma de publicidade destina-se a provocar qualquer opposição que possa levantar-se á realização do casamento, e a segunda a certificar com exactidão qual o estado das pessoas.

Quanto ao casamento de nacionaes em país estrangeiro, exigem a primeira forma de publicidade a Austria, a França, a Hungria, a Italia, o Luxemburgo e a Suecia<sup>1</sup>. Comtudo, a falta de publicações só poderá produzir nullidade na França e no Luxemburgo, onde vigora o art. 170.º do codigo civil francês, assim redigido: «O matrimonio contraído em país estrangeiro entre franceses ou entre franceses e estrangeiros será valido se fôr celebrado na forma usada no país, contanto que seja precedido das publicações prescriptas pelo art. 63.º do titulo dos Actos do estado civil»<sup>2</sup>.

Nos outros estados, ou não se estabelece pena para a inobservancia do preceito legal, como acontece na Suecia, ou se limita a sancção á pena de multa, como se dá na Italia.

A segunda forma de publicidade é exigida pela Belgica, França, Hollanda, Hungria, Italia, Luxemburgo e Portugal, onde apparecem disposições semillhantes á do art. 2479.º do codigo civil portugûes: «Todo o portugûes, que contrair ma-

<sup>1</sup> Cod. civ. aust., art. 4.º; lei hung. xxxi de 1894, art. 113.º; cod. civ. fr. art. 170.º; it., artt. 100.º e 101.º; lux., art. 170.º; dec. succo de 8 de julho de 1904.

<sup>2</sup> Deve dizer-se, porém, que este artigo tem sido interpretado em França de tres modos differentes, tendo sustentado uns que o casamento, sem precedencia de publicações, é sempre nullo (systema hoje abandonado), sustentando outros que o casamento é nullo quando o coujuge francês procura evitar fraudulentamente as prescripções da lei francesa (systema preponderante na jurisprudencia), e sustentaedo outros finalmente, com WEISS, DESPAGNET, PIC e ORESCU, etc., que o casamento nunca é nullo, incorrendo os transgressores somente na pena da multa.

trímónio em país estrangeiro, deverá no prazo de tres meses (na Hollanda um anno e na Hungria sem determinação de prazo), contados desde o dia em que voltar ao reino, fazer lançar no registo civil do logar, onde estiver domiciliado, o assento do seu casamento, apresentando ao official do registo civil documento authenticico, pelo qual prove que o casamento foi legitimamente celebrado». Esta fórmula de publicidade, de não produzir a nullidade do casamento e de a sua falta somente originar ou a pena de multa, como determina o art. 101.º do código civil italiano, ou o não reconhecimento da nullidade dos actos praticados pela mulher sem auctorização do marido ou praticados pelo marido sem outorga da mulher, como dispõe o art. 1202.º do código civil português, não é abrangida pela convenção, pois a publicidade, no país da origem, do casamento realizado foi assegurada pela alínea 4.ª do art. 5.º, a que em breve nos referiremos e pela qual deve ser transmittida ás auctoridades do país de cada um dos conjuges uma copia authentica do assento de casamento.

b) A convenção manda respeitar as *disposições da lei nacional* em materia de publicações. Significará isto que devem ser *sempre* respeitadas tacs disposições, mesmo quando a lei dos estados contractantes não exija publicações quanto aos nacionaes que casem em país estrangeiro, ou quererá dizer que só devem ser respeitadas as disposições da lei nacional que exigem publicações quando os nacionaes se casam no estrangeiro, isto é, a alínea 3.ª do art. 5.º refere-se á lei nacional nas suas disposições de direito interno ou nas suas normas de conflictos?

Foram explicitos os relatorios das commissões de 1893 e 1900, dizendo o primeiro — «certas legislações exigem que os seus nacionaes que queiram casar no estrangeiro façam publicação no reino; esta exigencia deve ser respeitada no país onde se projectar a celebração» — e accrescentando o segundo

— «A lei nacional ou mais exactamente a lei indicada pelo art. 1.º pode prescrever publicações para os casamentos que se fazem no estrangeiro; as disposições a este respeito devem ser respeitadas». Não ha duvida, pois, de que a convenção quis referir-se ás disposições que exijam publicações quanto aos casamentos que se realizem em país estrangeiro.

Mas, qual o verdadeiro alcance da fórmula — *disposição da lei nacional?* indicará que devem ser respeitadas apenas as disposições da lei do estado de origem que *directamente* exijam publicações para os casamentos dos seus nacionaes em país estrangeiro, ou ainda significará que, quando a lei nacional manda ou permite que o direito de contrair casamento seja regulada pela lei do domicilio e nesta lei houver uma disposição que exija publicações para os casamentos celebrados em país estrangeiro, tambem as disposições da lei do domicilio devem ser respeitadas?

Do trecho transcripto do relatorio da commissão de 1900, vê-se que esta commissão quis dar á fórmula o segundo sentido, isto é, o sentido de que a convenção quis referir-se tanto á lei nacional como á lei a que a lei nacional se refira, pois diz — *a lei nacional, ou, mais exactamente, a lei indicada pelo art. 1.º*, já que a lei indicada pelo art. 1.º é tanto a lei nacional como a lei a que esta se refira.

BUZZATI considera, porém, a interpretação do relatorio um erro grosseiro, pois, por um lado, para se dar á expressão «lei nacional» do art. 1.º o sentido que a commissão quis attribuir-lhe na 3.ª alinea do art. 5.º, foi preciso accrescentar ao art. 1.º a phrase — a não ser que uma disposição desta lei se refira expressamente a outra lei, accrescentamento que não apparece no art. 5.º, e, por outro lado, não pode o art. 1.º, que regula a capacidade, ser ampliado ás disposições sobre publicações, que nada têm com a mesma capacidade.

Crêmos que a convenção tem o sentido que a commissão

lhe attribue. É o que resulta do modo como a convenção determinou a lei competente para regular as condições de validade intrinseca do casamento e da relação que existe entre as condições de validade intrinseca e a necessidade da publicação do casamento.

Segundo o art. 1.º, a lei normalmente competente para regular as condições de validade intrinseca do casamento é a lei nacional. Podem, porém, essas condições ser determinadas por outra lei, se a lei nacional o permitir ou o exigir. Ora, tendo a publicação do casamento por fim verificar se apparece ou não opposição ao mesmo casamento, e não podendo a opposição basear-se senão na falta das condições de validade intrinseca do casamento, parece logico que a lei competente para regular estas condições o seja tambem para determinar se deve ou não fazer-se a publicação do casamento que deva realizar-se em harmonia com as condições por ella prescriptas. A relação existente entre as condições de validade intrinseca e a necessidade de publicação do casamento explica assim a doutrina da commissão. E era por tal motivo que a commissão de 1893 não incluia no seu projecto qualquer disposição relativa a publicações. Aquella commissão intendia que a exigencia de publicações devia determinar-se em face do art. 1.º, porque submettia á mesma lei a determinação das condições de validade do casamento e da necessidade de publicações.

Em nosso intender, a commissão caíu apenas num *exaggero logico*, praticamente irrealizavel.

Nas relações dos actuaes estados contractantes, a fórmula «disposições da lei nacional» equivale á fórmula «disposições da lei do país dos futuros conjuges que exigem publicações para o seu casamento em país estrangeiro», pois todos aquelles estados, á excepção da Suissa, mandam regular o direito de contrair casamento pela lei nacional, e a lei suissa remette para a lei do logar da celebração por fórma que a lei que regula as

condições de validade intrínseca é a mesma que regula a fórmula do casamento. Nas relações dos actuaes estados contractantes, a interpretação da commissão é portanto inutil.

Se adherir á convenção algum estado de systema da lei do domicilio, a doutrina da commissão não poderá tornar-se effectiva. Assim, segundo essa doutrina, se a Dinamarca adherir á convenção, se na legislação dinamarquesa houver uma disposição expressa que remetta para a lei do domicilio, e se dois dinamarqueses domiciliados, por exemplo, em França quizerem casar em Portugal, deverá ser respeitado o art. 170.º do código francês, que manda fazer publicações para os casamentos de franceses em país estrangeiro. Mas appareceria de logo uma difficuldade de applicação, já que aquelle artigo foi formulado para os franceses e não para os estrangeiros domiciliados. E, demais, porque a falta das publicações só pode produzir nullidade no país cuja lei foi violada, não seria facil, como nota BUZZATI, que os tribunaes franceses annullassem o casamento de estrangeiros domiciliados na França em face duma disposição formulada para franceses. E ainda mesmo que se entendesse, na logica da theoria da devolução, que a final a lei violada era a lei dinamarquesa, tambem não seria facil que os tribunaes dinamarqueses annullassem o casamento de nacionaes por virtude duma disposição de lei estrangeira formulada para estrangeiros. Aqui a doutrina é impraticavel.

c) A alinea do art. 5.º que vamos analysando diz — *deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em materia de publicações*, e portanto impõe uma obrigação. A quem é porém imposta tal obrigação? Á primeira vista podia parecer que as disposições da lei nacional sobre publicações deviam ser respeitadas pelas auctoridades do estado da celebração, as quaes não poderiam celebrar o casamento de estrangeiros sem que se mostrassem cumpridas as disposições da lei do seu país sobre publicações, e que, portanto, a obrigação era imposta ao estado

da celebração do casamento. E isto, porque os tratados regulam relações entre estados e portanto as obrigações que os mesmos tratados estabelecem são, em principio, impostas aos estados contractantes.

O relatorio interpreta, porém, a disposição de modo diferente: «as suas disposições (da lei nacional) sobre este assumpto devem ser respeitadas pelos *interessados*. Não se impõe á auctoridade do logar da celebração a obrigação de exigir, independentemente das publicações prescriptas pela sua propria lei, as que prescreva a lei dos futuros conjuges». Segundó esta passagem do relatorio, a alinea 3.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> não estabelece uma obrigação internacional, mas apenas salva as disposições da lei nacional que exijam as publicações, de modo que as adetoridades do estado da celebração não têm o dever de exigir a prova de que as publicações se fizeram ou de que não eram necessarias, embora os interessados devam respeitar aquellas disposições, sujeitando se á respectiva pena quando não as cumpram. Isto é, a alinea significa, no pensamento da commissão, que, assignando a convenção, os estados contractantes não revogaram as disposições das suas leis que exijam publicações para o casamento de nacionaes em país estrangeiro, mas que essas disposições ficavam em vigor e continuavam a produzir no seu territorio todos os seus effeitos, embora o cumprimento das mesmas disposições ficasse dependente da vontade dos interessados, como sobre estes pesam as responsabilidades do seu não cumprimento.

E, desde que era este o pensamento expresso da commissão e da conferencia, não devemos ver na alinea 3.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> uma obrigação para o estado da celebração. Seria ir mais longe do que queria ir o legislador internacional.

Mas, se o estado da celebração não tem *obrigação* de exigir a prova de que se fizeram as publicações prescriptas pela lei nacional dos futuros conjuges, terá ao menos o *direito* de

fazer essa exigencia? Cremos que sim. As prescripções da lei nacional devem ser respeitadas e, embora o relatorio diga que não se impõe á auctoridade local a obrigação de exigir as publicações prescriptas pela lei nacional, não diz que esta auctoridade não possa exigir o seu cumprimento e porisso parece logico que ao estado da celebração caiba aquelle direito.

E assim o intendeu a lei sueca de 8 de julho de 1904, determinando (cap. I, art. 4.º, alinea 2.ª) que, se a lei dum estado estrangeiro contiver alguma prescripção ácerca de publicações do casamento para o caso em que um cidadão daquelle estado pretenda casar fóra do seu país, não poderá o casamento realizar-se perante as auctoridades suecas sem se demonstrar que taes publicações se fizeram ou que a auctoridade competente do mesmo estado concedeu dispensa das mesmas publicações.

d) Na ultima parte da alinea 3.ª do art. 5.º determina a convenção o effeito da falta das publicações prescriptas pela lei nacional, dispondo — *mas a falta destas (publicações) não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países além daquelle cuja lei tiver sido violada.*

Obedecendo á orientação geral que presidiu á elaboração da convenção, que era restringir o mais possivel a nullidade do casamento, declara aquella disposição que a falta de publicações só *podará* produzir a nullidade do casamento no estado cuja lei tiver sido violada.

A força da palavra *podará* foi fixada pelo relator da comissão de 1900, o qual, em resposta ao delegado hollandês Rahusen, que pedia se esclarecesse o sentido da mesma palavra, disse que com ella se pretendia afirmar que a annullação do casamento é facultativa mesmo no estado cuja lei tiver sido violada.

De modo que, a falta de publicações prescriptas pela lei nacional quanto aos casamentos celebrados em país estrangeiro, além de só ser sancionada com a pena de nullidade na França

e no Luxemburgo, ainda mesmo nestes países não produz necessariamente a nullidade do casamento, facultando-lhes a convenção que o considerem nullo ou valido. E assim os dois estados podem proceder em harmonia com as circumstancias e considerar valido ou nullo o casamento, segundo o valor que deva ser attribuido á falta das publicações.

No estado de celebração e em terceiros estados, o casamento será valido, e nem mesmo poderá ser executada a sentença de annullação proferida no país cuja lei fôr violada. O resultado será que o casamento será nullo num estado e valido nos outros e o mesmo individuo será aqui solteiro e além será casado. Mas isto egualmente se dá nos casos da alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>, do art. 3.<sup>o</sup>, do art. 5.<sup>o</sup>, alinea 2.<sup>a</sup>, e do art. 7.<sup>o</sup>, e resulta de a convenção pretender, não estabelecer uma doutrina rigorosamente logica, mas um meio de transacção entre as tendencias encontradas das legislações dos estados contractantes.

Verdade seja que a França e o Luxemburgo podiam ter sacrificado a exigencia da sua legislação e assim se evitaria na presente hypothese a consequencia acima apontada.

Tal consequencia attenuar-se-á, porém, até quasi desapparecer, se os estados contractantes usarem do direito, que lhes concede a alinea que analysamos, de exigirem a prova de que as publicações se fizeram, ou de que não são necessarias, ou ainda de que foram dispensadas. Procedendo assim, reduzirão ao minimo os casos de annullação do casamento por falta de publicações no país de origem.

124. A ultima alinea do art. 5.<sup>o</sup> determina que — *uma copia authentica do assento de casamento será transmittida ás auctoridades do país de cada um dos conjuges.*

Esta disposição destina-se a tornar conhecido no país dos conjuges o seu estado de casados.

Ja antes da convenção da Haya muitas convenções estabe-

leciam disposição semelhante nas relações de diferentes estados, não só para o casamento, mas para os diferentes actos do estado civil, pela importancia que aos estados sempre merece a situação jurídica ou o destino dos seus nacionaes.

Como acima deixamos dicto, este preceito da convenção dispensa, nas relações dos estados contractantes, da obrigação de os interessados registarem no país de origem o seu casamento. Semelhante registo tem por destino tornar conhecido o estado dos conjuges e esse destino realiza-o a communicação da copia do assento do casamento ás auctoridades do país de cada um dos conjuges.

Dum modo geral, tal obrigação deixa de existir sempre que uma convenção internacional estabelece a communicação directa ou diplomatica de copias dos assentos de casamento. Assim o mostra claramente a lei hungara XXXIII de 1894, cujos artt. 77.º e 78.º determinam que os casamentos dos hungaros em país estrangeiro devem ser inscriptos nos registos hungaros, ou mediante a apresentação de certidão do assento do casamento, feita directamente pelos interessados, ou em seguida á transmissão pela via diplomatica estabelecida por accordos internacionaes.

A transmissão deve ser feita pela via diplomatica sempre que por convenção internacional não seja estabelecida a transmissão directa entre as auctoridades dos diferentes países.

## DIVISÃO II

Casamentos diplomaticos e consulares<sup>1</sup>

SUMMARY: — 125. Disposição e motivos do art. 6.º da convenção, que reconhece os casamentos diplomaticos e consulares. — 126. Casamentos diplomaticos e consulares *de utilidade* e casamentos diplomaticos e consulares *de necessidade*. O consentimento do estado da celebração como fundamento juridico commum das duas categorias de casamentos diplomaticos e consulares. — 127. Condições de validade do casamento diplomatico ou consular de necessidade. 1.ª O casamento deve ser permitido pelo estado a que pertence a legação ou o consulado. — 128. 2.ª) Nenhum dos nubentes deve ser do estado local. 129. 3.ª) O casamento deve ser consentido pelo estado local. 130. 4.ª) Deve ser observada a fôrma matrimonial estabelecida pela legislação do estado a que pertence a legação ou o consulado. 131. 5.ª) — Deve ser respeitada a lei competente para regular o o direito de contrair casamento e não devem ser infringidas as disposições da lei local applicaveis aos estrangeiros. — 132. Casamentos diplomaticos e consulares de necessidade e suas condições de validade. — 133. Valor dos casamentos diplomaticos ou consulares no estado a que pertence a legação ou o consulado, no estado da celebração, e em terceiros estados.

125. Ou para facilitar o casamento dos nacionaes em país estrangeiro, ou para lhes tornar possivel o casamento quando no estado local fosse apenas reconhecida a fôrma religiosa do casamento e esta não condissesse com os seus escrúpulos de consciencia, ou ainda para dar estabilidade ao casamento evitando que este, exaggeradamente facilitado pelas auctoridades

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 42, 43, 48 e 49; *Actes II*, pagg. 44, 45, 48 e 49; *Actss III*, pagg. 164, 176 e 179; *Documents III*, pag. 16; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 333 e segg; ORESCU, *ob. cit.*, pagg. 437 e segg.

locaes, ficasse sujeito frequentemente á annullação, admitte de ha muito a pratica internacional que os agentes diplomaticos ou consulares celebrem o casamento dos nacionaes do país representado por esses agentes, isto é, reconhece os *casamentos diplomaticos e consulares*.

Pelo mesmo caminho seguiram as conferencias da Haya.

Logo a commissão de 1893 apresentava no seu projecto a seguinte disposição sobre o assumpto: «Será igualmente valido em toda a parte, quanto á fórma: 1.º) O casamento celebrado perante um agente diplomatico ou consular, em conformidade da sua lei, se as duas partes contractantes pertencerem ao estado de que depende a legação ou o consulado, e se a legislação do país onde o casamento houver sido celebrado a tal se não oppuser; 2.º) O casamento celebrado em conformidade da sua lei perante um agente diplomatico ou consular do estado a que portence o marido, mas sómente nos países em que a fórma da celebração fôr puramente religiosa. Fica comtudo reservada a applicação da alinea 2.ª do art. 4.º (5.º da convenção)»<sup>1</sup>.

Esta disposição era assim motivada: «Por fim a commissão julgou dever occupar-se dos casamentos celebrados pelos agentes diplomaticos ou consulares, ácerca dos quaes se levantaram algumas difficuldades. Distinguiu nitidamente dois casos:

«1.º Trata-se de países em que os estrangeiros, para se casarem, podem dirigir-se á auctoridade local, independentemente de qualquer confissão religiosa. A intervenção dos agentes diplomaticos ou consulares pode ser util e commoda para os seus nacionaes; não poderia ser considerada necessaria. Em tal caso, alguns estados nem dão aos seus agentes competencia nesta materia, nem reconhecem consequentemente a validade

<sup>1</sup> *Actes I*, pag. 50.

dos casamentos celebrados pelos agentes estrangeiros no seu territorio. A commissão não propõe innovação alguma neste ponto, nem formula qualquer juizo sobre a pratica dos diversos estados. Apenas, se um agente diplomatico ou consular é competente, segundo a sua lei, para casar os seus nacionaes e se esta competencia não é contraria á lei local, a commissão é de parecer que não ha razão alguma para que o casamento contraído não seja em toda a parte valido quanto á fórma. Suppõe que ambos os futuros conjuges pertencem ao estado de que depende a legação ou o consulado, porque é somente sob esta condição que a competencia do agente diplomatico ou consular pode ser considerada como normal.

«2.º Trata-se de paises em que, sendo a fórma da celebração puramente religiosa, os estrangeiros de outra confissão estão necessariamente impedidos de recorrer á auctoridade local para contrair casamento. A intervenção dos seus agentes diplomaticos ou consulares já não é apenas util, mas necessaria, visto que, sem ella, se torna impossivel o casamento dos estrangeiros. Convem, porisso, ir mais longe que na hypothese precedente e permittir esta intervenção mesmo quando ambos os futuros conjuges não estejam sob a auctoridade do agente diplomatico ou consular, mas só o esteja o marido. Compreende-se que o agente diplomatico ou consular da futura esposa não tenha competencia para celebrar um casamento de que resulta a constituição duma familia estranha ao país de que elle depende. Não se dá o mesmo com o agente diplomatico ou consular do futuro marido, porisso que, segundo a grande maioria das legislações, a mulher adquire pelo casamento a nacionalidade do marido e os filhos tẽem, em todos os casos, esta nacionalidade..... Actualmente os casamentos assim celebrados não são validos senão no país a que pertence o agente que os celebrou; em outros paises, especialmente no país da mulher, podem ser considerados como tendo sido celebrados por um agente incom-

petente. É isto certamente pernicioso quando as partes não podiam proceder doutro modo. A commissão propõe, porisso, uma disposição tendente a evitar este resultado. Pensa, porém, que os governos devem ser muito cautelosos na attribuição de semelhante competencia aos seus agentes diplomaticos e consulares. Esta attribuição não lhes deve ser conferida senão quando fôr imposta pela situação de facto do país onde exercem as suas funções, isto é, quando houver para os estrangeiros a impossibilidade de recorrer ás auctoridades locais. De mais, em conformidade da restricção acima admittida quanto á applicação da maxima *locus regit actum*, deve reservar-se ao país de origem, cuja legislação exigir absolutamente uma celebração religiosa, a faculdade de não reconhecer o casamento contraído por um seu nacional perante um agente diplomatico ou consular»<sup>1</sup>.

O projecto da commissão foi approved pela conferencia na discussão<sup>2</sup> em primeira leitura, mas, por virtude da opposição ao n.º 2 dos delegados da Russia, que não admitte senão o casamento religioso, foi aquelle numero supprimido em discussão posterior<sup>3</sup>, limitando-se assim a conferencia a approvar esta disposição: «Será egualmente valido em toda a parte quanto á forma o casamento celebrado perante um agente diplomatico ou consular em conformidade da sua lei, se as duas partes contractantes pertencerem ao estado de que depende a legação ou o consulado, e se a legislação do país onde o casamento houver sido celebrado a tal se não oppuser»<sup>4</sup>.

A conferencia de 1894 votou integralmente a disposição approved pela conferencia anterior<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 48 e 49.

<sup>2</sup> *Actes II*, pagg. 42 e 43.

<sup>3</sup> *Actes I*, pagg. 68 e 69.

<sup>4</sup> *Actes I*, *Protocollo final*, pag. 2.

<sup>5</sup> *Actes II*, pagg. 44 e 48 e *Protocollo final*, pag. 2.

A comissão de 1900 propôs, porém, e a conferencia votou uma disposição bastante differente, que é a que se lê no art. 6.º da convenção.

## Art. 6.º

*Texto da convenção*

Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré et si cet Etat ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois.

La reserva du second alinea de l'article 5.º est applicable aux mariages diplomatiques et consulaires.

## Art. 6.º

*Traducção official*

Será em toda a parte reconhecido como valido, quanto á fórma, o casamento celebrado perante um agente diplomatico ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contractantes fôr nacional do estado em que o casamento houver sido celebrado, e se esse estado a tal se não oppuser. Não poderá oppor-se-lhe, tractando-se de casamento que, em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, fôr contrario ás suas leis.

A reserva da segunda alinea do art. 5.º é applicavel aos casamentos diplomaticos e consulares.

A comissão justificou a proposta do modo seguinte:

«Este art. corresponde ao art. 5.º do Projecto de Programma, que foi modificado e completado.

«Foi proposta a suppressão das palavras *quanto á forma*, pelo motivo de que a disposição visa tanto o fundo como a

fôrma. Mas, bem considerada, a observação não pareceu justa, pois, se a legislação do agente diplomatico ou consular é naturalmente competente quanto á fôrma do casamento a que elle procedeu, não o é necessariamente quanto ao fundo. O agente deverá investigar se os futuros conjuges tõem o direito de contrair casamento segundo a lei indicada no art. 1.º do projecto. Esta lei pode deixar de ser a do agente diplomatico ou consular, sobretudo admittindo-se, em harmonia com a nossa proposta, que não é necessario que os futuros conjuges sejam ambos seus nacionaes.

«Sobre a competencia dos agentes diplomaticos e consulares fôram apresentados diversos systemas. Segundo o Projecto de Programma<sup>1</sup>, era necessario que os dois esposos fôssem seus nacionaes. Segundo as emendas da Allemanha e da Belgica, bastava que um dos futuros conjuges fôsse nacional do agente. Em fim, um systema intermediario, sustentado pela Hungria<sup>2</sup>, queria que o noivo fôsse seu nacional. Discutindo o assumpto, pareceu á commissão que não devia excluir-se senão o caso em que uma das partes seja nacional do estado em cujo territorio o casamento é celebrado; a intervenção do agente diplomatico ou consular seria em tal caso uma violação da soberania territorial. Fóra disso, deve bastar que um dos futuros conjuges seja nacional do agente que procede ao casamento, o que está de accordo com o espirito da disposição, que é facilitar o casamento. Muitas vezes os futuros conjuges não são da mesma nacionalidade e, se se exigisse que o noivo fôsse nacional do consul, impedir-se-ia o casamento nos casos em que elle não tivesse consul na localidade, ainda que ahi houvesse um consul da nacionalidade da noiva. E esta consideração de que se devem

---

<sup>1</sup> Documents III, pag. 16.

<sup>2</sup> Documents III, pag. 16.

facilitar os casamentos diplomaticos e consulares é tanto mais poderosa, quanto é certo que muitas vezes são os unicos possiveis, por as auctoridades locais não quererem casar os estrangeiros que se encontrem em certas circumstancias.

«Onde poderão os agentes diplomaticos e consulares usar da faculdade que lhes é assim reconhecida? Compreender-se-ia que o pudessem fazer em todos os estados contractantes, como propunha a Rumania, pedindo a suppressão das palavras finais do antigo art. 5.<sup>o</sup> — *se a legislação do país, onde o casamento foi celebrado, a tal se não opposer*<sup>1</sup>. Sob outra fórma, fazia a França uma proposta analoga, exprimindo a opinião de que o artigo devia fazer objecto duma convenção especial, sobretudo porque, então, se saberia com exactidão quaes eram os países cuja legislação se não oppõe aos casamentos diplomaticos ou consulares, ao passo que actualmente ha muitas vezes incerteza a tal respeito<sup>2</sup>. Ambas as propostas fôram rejeitadas. A comissão nem quis excluir o artigo do projecto, nem admittir dum modo geral a competencia dos agentes diplomaticos e consulares. Manteve-se, pois, o systema admittido precedentemente. O *Estado* em que reside o consul pode oppôr-se a que este celebre casamentos; a palavra *Estado* foi empregada propositadamente, para compreender dois casos: pode haver na legislação territorial um texto de lei que se opponha á celebração de taes casamentos; na falta de texto legal, basta que o governo declare que não permite estes casamentos, porque o poder de excluir do seu territorio a acção duma auctoridade estrangeira entra naturalmente nas suas attribuições. Os governos, que queiram dár aos seus agentes diplomaticos e consulares attribuições em materia de casamento, deveriam dirigir-se aos governos

<sup>1</sup> *Documents III*, pag. 16.

<sup>2</sup> *Documents III*, pagg. 16 e 154.

dos estados em cujo territorio estes agentes residem, perguntando-lhes se não se oppõem ao exercicio de semelhantes attribuições.

«Se o projecto continua a reservar aos governos a faculdade de não permittir os casamentos consulares no seu territorio, não o faz dum modo absoluto. A reserva compreende-se quando os estrangeiros podem dirigir-se ás auctoridades locais. Mas se elles não podem dirigir-se a estas auctoridades, por se tractar de casamentos contrarios ás suas leis por virtude dum obstaculo da natureza daquelles de que acima se falou a proposito da ultima alinea do art. 2.º, o soberano territorial deve permittir que estes casamentos sejam celebrados pelos consules. É o sentido da segunda phrase da primeira alinea do art. 6.º

«Duas observações importantes devem ainda fazer-se a proposito dos casamentos diplomaticos e consulares.

«A primeira é que se applicam a estes casamentos as prohibições enunciadas no art. 2.º O agente diplomatico ou consular deve respeitar as leis do país onde se encontra. O art. 2.º está concebido em termos muito genericos, dizendo: A lei do logar da celebração *pode prohibir o casamento...*, e não dizendo, como fôra proposto, *pode prohibir ás suas auctoridades*. Se, comtudo, o consul celebrar, a despeito das prohibições da lei local, um casamento não contrario á lei nacional dos esposos, o casamento não poderá ser annullado, por força da penultima alinea do art. 2.º A prohibição deve ter a respeito dos casamentos consulares o mesmo valor que lhe é attribuido quanto aos casamentos celebrados perante as auctoridades locais. Ha identidade de razão.

«Por fim, os casamentos diplomaticos e consulares comportam a mesma reserva que os casamentos celebrados pelas auctoridades locais relativamente á da necessidade duma celebração religiosa. Não havia necessidade de a fazer no projecto de 1894, que suppunha que ambos os esposos eram nacionaes do

agente diplomatico ou consular. O governo cuja legislação apenas admitte o casamento religioso não dará evidentemente aos seus agentes a faculdade de celebrar casamentos. A situação é, porém, muito differente no projecto actual, que apenas exige que um dos futuros conjuges seja nacional do consul; se o outro é nacional dum país que exige o casamento religioso, poderá este país considerar nullo o casamento consular. É o que quer dizer a segunda alinea do art. 6.º<sup>1</sup>.

126. Segundo mostram a disposição da alinea 1.ª do art. 6.º e a exposição de motivos feita pelas commissões de 1893 e de 1900, reconhece a convenção duas categorias de casamentos diplomaticos e cónsulares: a) casamentos diplomaticos e consulares *de utilidade*; b) e casamentos diplomaticos e consulares *de necessidade*.

Corresponde esta dupla categoria matrimonial á situação em que podem encontrar-se os estrangeiros em face da legislação local quanto á possibilidade de realização do casamento.

Se os estrangeiros, capazes de se casarem segundo a sua lei nacional e em quem se não dê algum dos impedimentos referidos pela alinea 1.ª do art. 2.º da convenção, *podem casar-se* perante as auctoridades locais, ou porque a lei local admitta somente o casamento civil ou porque admitta uma fórmula de casamento religioso que não exclue os mesmos estrangeiros, o casamento diplomatico ou consular apenas se baseia numa *razão de utilidade* ou numa *razão de commodidade* dos nubentes, a quem pode ser mais facil ou mais agradável celebrar o casamento perante os representantes do seu país. Não se dá claramente uma *razão de necessidade*, já que o casamento pode realizar-se perante as auctoridades locais.

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 176 e 177,

É porisso que a convenção, reconhecendo em tal hypothese o casamento diplomatico e consular, só o admitte quando a elle *se não opponha* o estado local.

Se, porém, a fôrma local do casamento fôr exclusivamente religiosa e os estrangeiros não professarem a religião que baseia a fôrma matrimonial, estão naturalmente *impedidos* de se casar perante as auctoridades locaes, e então o casamento diplomatico e consular assume um aspecto *de necessidade*. Em tal caso, a não ser que se pretendesse prohibir aos estrangeiros o contrair casamento no estado local, era indispensavel reconhecer competencia aos agentes diplomaticos e consulares para celebrarem casamentos dos seus nacionaes. Assim o fez a convenção, determinando que o estado local *não poderá oppôr-se* ao casamento de estrangeiros que, em virtude de impedimento de ordem religiosa, fôr contrario ás suas leis. Dos impedimentos de ordem religiosa, approximou a convenção o impedimento de casamento anterior, como fizera na terceira alinea do art. 2.º, por intender que tanto uns como o outro só deviam obstar ao casamento de estrangeiros perante as auctoridades locaes, e não perante os agentes diplomaticos e consulares.

Deve, porém, observar-se que, embora a convenção attendesse ao diverso modo de ser das legislações para reconhecer as duas categorias de casamentos diplomaticos e consulares, baseou todos os casamentos diplomaticos e consulares num fundamento juridico commum.

Segundo uma corrente doutrinal hoje quasi abandonada, o fundamento juridico dos casamentos diplomaticos e consulares está no principio da *extritorialidade*, segundo o qual as legações ou os consulados se consideram como fazendo parte integrante do estado que representam, podendo portanto ser ahi applicaveis as leis desse estado.

A exterritorialidade não passava, porém, duma ficção, e a doutrina geral viu em outros fundamentos a base jurídica daquelles casamentos. A celebração dos casamentos diplomaticos e consulares representa um acto de jurisdição praticado pelas auctoridades dum estado dentro do dominio soberano doutro estado, e porisso só poderá ter logar mediante o *consentimento* do estado local.

A convenção seguiu claramente esta orientação.

É evidente a respeito dos casamentos de utilidade, pois estes casamentos só serão reconhecidos quando o estado local a elles *se não oppuser*.

Foi, porém, seguido o mesmo principio quanto aos casamentos de necessidade. Em primeiro logar, foi por um acto de consentimento — a convenção, que os estados se obrigaram a não se oppôr em determinados casos ao casamento diplomatico e consular. Depois, como já se inferia das alíneas 1.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> e como expressamente o declarou a commissão de 1900, mesmo nos casamentos diplomaticos e consulares têm de ser respeitadas as prohibições da alínea 1.<sup>a</sup> do mesmo artigo, o que mostra que a convenção pôs completamente de lado o conceito da exterritorialidade, pois, em face deste conceito, o casamento seria celebrado como no proprio país do consul e porisso não tinham que ser respeitadas os impedimentos da lei local, que tambem o não seriam no estado de origem, e igualmente mostra que os agentes diplomaticos e consulares apenas exercem a sua auctoridade dentro dos limites consentidos pelo estado local.

Conhecidas as categorias de casamentos diplomaticos e consulares admittidas pela convenção, e determinado o seu fundamento juridico, estudemos as condições de realização e a efficacia de cada uma dessas categorias matrimoniaes.

127. A alínea 1.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup> reconhece os casamentos di-

plomáticos e consulares de utilidade nos seguintes termos: «Será em toda a parte reconhecido como válido, quanto á fôrma, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contractantes fôr nacional do estado em que o casamento houver sido celebrado, e se esse estado a tal se não oppuser».

Desta disposição e da sua comparação com as disposições dos artt. 1.º e 2.º da convenção, resulta que a validade dos casamentos diplomaticos e consulares de utilidade depende das seguintes condições:

1.ª O casamento deve ser permitido pelo estado a que pertence a legação ou o consulado. O casamento deve ser celebrado em harmonia com a legislação do agente diplomático ou consular, e porisso a primeira condição para a realização do casamento é que este seja permitido por aquella legislação, isto é, que os agentes diplomaticos e consulares possam celebrar casamentos. Neste ponto a convenção nada innovou. Limitou-se a reconhecer dum modo geral a competencia dos agentes diplomaticos e consulares para celebrar casamentos, se, segundo a sua legislação, elles já tivessem ou viessem a ter essa competencia.

Sendo assim, importa saber quaes são os estados signatarios que concedem competencia aos seus agentes diplomaticos e consulares para a celebração de casamentos e em que termos essa competencia lhes é conferida.

Todos os estados contractantes, á excepção da Austria, concedem aos seus agentes diplomaticos ou consulares competencia para a celebração de casamentos dos seus nacionaes.

Segundo, porém, a maior ou menor amplitude da competencia matrimonial dos agentes diplomaticos e consulares, formam aquelles estados tres grupos.

a) O primeiro grupo é constituído pela Allemanha <sup>1</sup>, Suecia <sup>2</sup> e Suíssa <sup>3</sup>, cujos agentes diplomaticos e consulares podem celebrar casamentos, desde que *qualquer* dos nubentes seja nacional daquelles estados.

β) O segundo é formado pela Belgica, França, Hungria, Italia e Portugal, por cujas legislações a competencia diplomatica ou consular depende de o *marido* ser do estado a que pertence a legação ou o consulado <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Os agentes diplomaticos e consulares da Allemanha só têm competencia para celebrar casamentos, se esta lhes fôr conferida pelo chanceller do Imperio (Lei de 4 de maio de 1870, art. 1.º). Os estados signatarios em que os consules allemães têm aquella competencia são a Hespanha, a Italia, Portugal e a Rumania. (BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 341; ORESCU, *ob. cit.*, pagg. 450 a 452).

<sup>2</sup> Os agentes diplomaticos e consulares da Suecia precisam, para celebrar casamentos, de ser auctorizados pelo rei (Lei de 8 de julho de 1904, art. 1.º).

<sup>3</sup> Os agentes diplomaticos e consulares suíços podem celebrar casamentos sendo auctorizados pelo conselho federal (Lei de 24 de dezembro de 1874). É, porém, certo que a nenhum agente diplomatico ou consular da Suíssa na Europa tem sido attribuida tal faculdade (BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 342).

<sup>4</sup> Codd. civv., belg. e fr., art. 170.º, it., art. 368.º; Lei hung. xxxi de 1894, art. 29.º; Reg. cons. port., artt. 44.º, 45.º, n.º 2.º, e 57.º e segg. Convem, todavia, notar: 1.º) que os agentes diplomaticos e consulares da Belgica precisam, para celebrar casamentos entre belgas e estrangeiras, de auctorização especial do ministro dos negocios estrangeiros (Lei de 20 de maio de 1882), que os da França precisam de ser auctorizados por decreto do presidente da Republica para celebrar casamentos entre franceses e estrangeiras (Lei de 29 de novembro de 1901) e que os da Hungria precisam de auctorização do governo (Lei cit., art. 29.º, alinea e, e Lei xxxiii, art. 79.º); 2.º) e que, dos agentes diplomaticos portugueses, só os chefes de Missão em Tanger, Pekim e Tokyo podem celebrar casamentos, pois só elles exercem funções consulares, e a celebração de casamentos entra nas attribuições consulares (Reg. cit., art. 44.º, e Supra, pag. 471, nota 4).

γ) No terceiro, finalmente, entram a Hespanha, a Hollanda, o Luxemburgo e a Rumania <sup>1</sup>, cujas legislações exigem que ambos os futuros conjuges sejam da nacionalidade do consul ou do agente diplomatico.

128. 2.<sup>a</sup>) *Nenhum dos nubentes deve ser cidadão do estado local.* Entre os systemas seguidos legislativa ou doutrinariamente para determinar a competencia matrimonial diplomatica ou consular, optou a comissão de 1900 por uma fórmula negativa, exigindo apenas para a validade do casamento diplomatico ou consular que nenhum dos nubentes seja do estado da celebração do casamento. Tirante esta limitação, os agentes diplomaticos ou os consules poderão celebrar casamentos segundo a medida de competencia estabelecida pela lei do país que representam. Assim, um consul sueco poderá casar cidadãos suecos ou entre si ou com estrangeiros, contanto que o nubente estrangeiro não seja do estado local; um consul portuguez poderá casar um portuguez ou com portuguesa ou com estrangeira dum terceiro estado; e um consul hespanhol só poderá celebrar casamentos entre hespanhoes.

A doutrina seguida pela convenção é evidentemente liberal, pois a unica restricção com que limitou a competencia consular e diplomatica — de que nenhum dos nubentes seja do estado local, se funda no natural respeito pela soberania deste estado, o qual não poderia consentir que os seus nacionaes casassem no proprio país perante auctoridades estrangeiras. Con-

---

<sup>1</sup> Codd. civv., hesp., art. 100.º, lux., art. 48.º; Lei rumena de 13 de fevereiro de 1874; Conf. BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 340 e 341.

Deve notar-se que, segundo o decreto hol. de 29 d'agosto de 1894, entre os estados signatarios, só em Portugal os consules hollandcenses podem celebrar casamentos (BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 341).

ciliou assim habilmente a soberania do estado de origem com a soberania do estado local.

129. 3.<sup>a</sup>) *O casamento deve ser consentido pelo estado local.* Esta condição resulta do principio seguido pelas conferencias quanto á base juridica dos casamentos diplomaticos e consulares. Desde que foi posto de parte o principio da exterritorialidade, aquelles casamentos só poderiam ser celebrados com o consentimento do estado local e porisso a convenção determinou que o casamento será valido *se o estado onde o casamento houver sido celebrado se não oppuser.*

Esta fórmula foi introduzida pela commissão de 1900. O texto votado em 1893 e em 1894 dizia: — *se a legislação do país onde o casamento houver sido celebrado se não oppuser.* A substituição desta pela outra fórmula foi explicada pela commissão nos termos já conhecidos<sup>1</sup>. Em vez das palavras *legislação do país*, empregou-se a palavra *Estado*, para na fórmula se comprehenderem os dois casos — de na legislação local haver um texto expresso que obste ao casamento — e de, não havendo esse texto, o governo local declarar que não permite os casamentos diplomaticos e consulares.

Segundo o relatorio da commissão de 1900, a opposição do estado local pode, pois, revestir duas fórmulas, ou a *fôrma legislativa*, determinando-se num texto de lei que não são permitidos os casamentos diplomaticos e consulares, ou a *fôrma governamental*, declarando o governo, num decreto ou numa nota diplomatica por exemplo, que não consente esses casamentos. Em todo o caso, a opposição deve ser *expressa*, pois a commissão falou em texto de lei e em declaração do governo, e portanto pôs de lado a opposição *tacita* constituída pela pratica

<sup>1</sup> Supra, pag. 509.  
Dir., 19.<sup>a</sup> cad.

de não reconhecer a validade dos casamentos diplomaticos e consulares celebrados no territorio do estado.

Sendo assim, deve intender-se que aquelles estados que, por uma lei ou por um acto do governo, não formularem expressamente a sua opposição aos casamentos diplomaticos e consulares, os consentem nos termos estabelecidos na convenção, isto é, que os agentes diplomaticos e consulares dos estados signatarios podem celebrar casamentos nos termos em que as leis do seu país o permitem, desde que nenhum dos nubentes seja do estado local.

Dos estados signatarios, só tres, do nosso conhecimento, se declararam já ácerca do consentimento dos casamentos diplomaticos e consulares. Foram a Austria, a Hollanda e a Suecia. O art. 2.º do projecto de lei austriaca sobre a applicação da convenção dispõe que os funcionarios diplomaticos e consulares estrangeiros só poderão celebrar casamentos na Austria quando o casamento não possa realizar-se perante as auctoridades locais, isto é, a Austria só permitirá os casamentos diplomaticos e consulares de necessidade; o art. 3.º da lei hollandesa de 7 de julho de 1906 admite a celebração na Hollanda dos casamentos diplomaticos e consulares dum modo geral; e o art. 1.º do capitulo v da lei sueca de 1904 igualmente reconhece de modo geral os casamentos diplomaticos e consulares celebrados na Suecia. O silencio dos outros estados deve interpretar-se como consentimento, e portanto deve intender-se que, dos estados signatarios, só a Austria deixará de consentir os casamentos diplomaticos e consulares<sup>1</sup>.

130. 4.<sup>a</sup>) *Deve ser observada a fôrma matrimonial estabelecida pela lei do estado a que pertence a legação ou o consulado.*

---

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 349 e segg.

É mais uma consequencia de a convenção dizer que o casamento deve ser celebrado em harmonia com a lei do agente diplomatico ou do consul.

Os agentes diplomaticos e consulares são funcionarios do estado que representam, exercem funções publicas em nome desse estado, e porisso as formalidades dos actos officiaes por elles praticados não podem deixar de ser reguladas pela lei do mesmo estado. De modo que, do reconhecimento dos casamentos diplomaticos e consulares, deriva necessariamente que esses casamentos só podem ser celebrados pela fórmula estabelecida na lei do país de que depende a legação ou o consulado.

E a fórmula dos casamentos diplomaticos e consulares é naturalmente o casamento civil. As legações e os consulados são instituições de character secular, e porisso só pode ahi celebrar-se o casamento civil.

131. 5.<sup>a</sup>) *Deve ser respeitada a lei competente para regular o direito de contrair casamento e não devem ser infringidas as disposições da lei local applicaveis aos estrangeiros.*

A convenção declara valido quanto á fórmula o casamento diplomatico ou consular celebrado em harmonia com a lei do estado a que pertence a legação ou o consulado.

E limitou-se a falar da *validade formal*, porque a *validade intrinseca* pode ser regulada por uma lei differente da lei do país do agente diplomatico ou consular.

Em verdade, por um lado, pode um agente diplomatico ou um consul casar um seu nacional com uma pessoa que o não seja, e, quanto a esta, a lei reguladora do direito de contrair matrimonio, sendo normalmente a sua lei nacional, é uma lei differente da lei do país do agente, e, além disso, admittindo o art. 1.<sup>o</sup> da convenção a referencia pela lei nacional a uma outra lei, pode evidentemente ainda a lei reguladora do

direito de contrair casamento dos nacionaes do agente diplomatico ou do consul deixar de ser a lei do seu país.

Por outro lado, os agentes diplomaticos e consulares devem respeitar as prohibições da lei local indicadas na alinea 1.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>, quando o estado da celebração as torne ou considere applicaveis aos estrangeiros. É o que resulta — das primeiras palavras do art. 2.<sup>o</sup> «a lei do logar da celebração pode *prohibir o casamento*», as quaes, na sua expressão generica, abrangem tanto o casamento celebrado perante as auctoridades locais como o casamento diplomatico e consular, — da comparação da alinea 1.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> com a alinea 3.<sup>a</sup> do mesmo artigo e com a segunda parte da 1.<sup>a</sup> alinea do art. 6.<sup>o</sup>, donde se vê que os estados signatarios somente se obrigaram a consentir os casamentos diplomaticos e consulares contrarios ás suas leis em virtude de impedimentos de ordem religiosa ou de casamento anterior, e não aquelles que fôrem contrarios ás disposições das suas leis resalyvadas pela 1.<sup>a</sup> alinea do art. 2.<sup>o</sup>, — e da declaração formal da commissão de 1900, que expressamente disse que esta alinea do art. 2.<sup>o</sup> se applicava aos casamentos diplomaticos e consulares. Comtudo, embora se applique aos casamentos diplomaticos e consulares a alinea 1.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>, a infracção das disposições da lei local resalyvadas por essa alinea não produz mais effeitos naquelles casamentos do que nos casamentos celebrados perante as auctoridades locais, e porisso não poderá produzir nunca, por força da alinea 2.<sup>a</sup> do mesmo artigo, a nullidade do casamento.

Tudo isto mostra a necessidade das palavras do art. 6.<sup>o</sup> *quanto á fórma*, que a commissão de 1900 conservou, apesar de ser proposta a sua suppressão.

Deve notar-se que, se a obrigação dos agentes diplomaticos e consulares respeitarem a lei competente, segundo a legislação do estado que representam, para regular o direito de contrair casamento deriva naturalmente dos principios que regulam o

regimen juridico internacional do casamento segundo a doutrina geralmente seguida, a obrigação de os mesmos agentes respeitarem quer as leis de conflictos do país a que pertence o nubente que não seja nacional do estado a que pertence a legação ou o consulado, quer as leis de ordem publica do estado local, constitue uma verdadeira innovação. Como nota BUZZATI, pela doutrina corrente, o estado da celebração, ou não reconhece aos agentes estrangeiros o direito de celebrar casamentos, ou, se lho concede, ficam esses casamentos subtraídos ao imperio da lei local e exclusivamente subordinadas á lei do estado a que pertence a legação ou o consulado. Ao contrario, pela convenção, os casamentos diplomaticos e consulares não só devem ser celebrados em harmonia com a lei competente, para regular o direito de contrair casamento do nubente que não seja nacional do estado da legação ou do consulado, segundo a legislação do estado de origem do mesmo nubente, mas, mesmo quando em geral consentidos pelo estado local, não podem celebrar-se contra as disposições das leis deste estado que tenham sido ressalvadas pela alinea 1.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>, isto é, as disposições dessas leis que estabeleçam a prohibição absoluta do casamento por parentesco, adulterio ou conjugicidio.

Nem porisso julgamos, porém, a convenção digna de censura. A doutrina por ella consignada é uma consequencia logica do fundamento juridico que assignalou aos casamentos diplomaticos e consulares. Se esse fundamento não é a exterritorialidade, mas o consentimento do estado local, é natural que este estado possa oppôr aos casamentos diplomaticos e consulares as disposições das suas leis que julgue applicaveis aos estrangeiros, pois, por ser celebrado na legação ou no consulado, não deixa o casamento de se realizar no seu territorio e no dominio da sua soberania.

Devemos, comtudo, confessar que, nesta parte, a convenção tem poucas garantias de realização.

Com effeito, além de a infracção das leis locaes resalvadas pela alinea 1.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> não poder produzir a nullidade do casamento (art. 2.<sup>o</sup> alinea 2.<sup>a</sup>), o estado local não pode exercer fiscalização directa sobre os agentes diplomaticos e consulares estrangeiros, que estão immediatamente subordinados ás auctoridades do seu país, e porisso facilmente poderão ser celebrados casamentos contra as disposições das leis locaes sem consequencia nem para os conjuges nem para o agente que os celebrou.

132. Em harmonia com a segunda parte da alinea 1.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup>, *o estado local não pode oppôr-se aos casamentos diplomaticos e consulares, tratando-se de casamento que, em razão de casamentos anterior ou de impedimento de ordem religiosa, forem contrarios ás suas leis.*

Com este preceito, reconhece a convenção o que temos chamado casamento diplomatico ou consular de *necessidade*.

Pela primeira parte da 1.<sup>a</sup> alinea do art. 6.<sup>o</sup>, o estado local pode, em geral, oppôr-se aos casamentos diplomaticos e consulares. Essa opposição não poderá, porém, ser exercida em dois casos: a) quando se trate dum casamento contrario ás leis locaes em razão de impedimento de ordem religiosa; b) quando se trate de casamento contrario ás mesmas leis em razão de casamento anterior.

Pela alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>, reconheceram-se os estados signatarios a faculdade de não fazerem celebrar casamentos que, em razão de casamento anterior ou de obstaculo de ordem religiosa, fôssem contrarios ás suas leis. Intenderam, porém, que o casamento anterior ou o obstaculo de ordem religiosa deviam impedir o casamento apenas perante as auctoridades locaes, e não perante os agentes diplomaticos e consulares estrangeiros. Dahi a reserva formulada nas primeiras palavras da alinea 3.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> e a disposição da segunda parte da alinea 1.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup> Se o casamento anterior e os impedimentos

religiosos, no conceito da conferencia de 1900, embargavam o casamento perante as auctoridades locais, mas não deviam obstar *absolutamente* á sua realisação no estado local, o casamento diplomatico e consular representava uma *necessidade* logica das ideias seguidas pela conferencia.

Qual, porém, o verdadeiro alcance da fórmula *impedimento de ordem religiosa* do art. 6.º? Referir-se-á simplesmente aos impedimentos propriamente dictos, isto é, a prohibições de conteúdo religioso estabelecidas pela lei local, como são os impedimentos de ordem, voto, differença de religião, e parentesco espirital, ou tambem abrangerá o caso de o individuo não professar religião alguma, caso em que tambem pode estar inhibido de casar perante as auctoridades locais, se a lei local não admittir senão o casamento religioso e exigir que os nubentes sigam uma determinada religião?

Intendemos que a fórmula tambem abrange este ultimo caso. A fórmula compreende sem duvida alguma o caso de *disparitas cultus* e, por egualdade de motivos, se não por maioria de razão, deve compreender a hypothese de os nubentes não professarem religião alguma. Não ser religioso ou seguir uma religião differente daquella que serve de base á fórma matrimonial, são factos que obstem de modo igual a que o individuo possa casar-se segundo esta fórma matrimonial, e portanto devem justificar tambem de modo igual a substituição ao casamento religioso duma fórma de casamento civil como é o casamento diplomatico ou consular. Além disso, o casamento diplomatico ou consular é uma fórma de casamento civil, e porisso, para contrair casamento por essa fórma, não é indispensavel que o individuo tenha crenças religiosas<sup>1</sup>.

As condições de validade do casamento diplomatico ou consular de necessidade são as mesmas que as do casamento

---

ORESCU, *ob. cit.*, pag. 448.

de utilidade, exceptuada a que apresentamos sob o n.º 3. E assim, deve o casamento ser permitido pela legislação do estado a que pertence a legação ou o consulado, nenhum dos nubentes deverá ser do estado local, deverá seguir-se a fôrma matrimonial da lei do agente, e deverão respeitar-se tanto a lei competente, segundo a convenção, para regular o direito de contrair casamento como as disposições da lei local resalvadas pela alinea 1.ª do art. 2.º e que o estado da celebração torne applicaveis aos estrangeiros. A necessidade do casamento diplomatico ou consular nas hypotheses de impedimento de casamento anterior e de impedimento de ordem religiosa justifica a obrigação que os estados assumiram de não se opporem a tal casamento nessas hypotheses, e portanto explica a dispensa da condição da não opposição do estado local.

133. Determinadas as condições de realização dos casamentos diplomaticos e consulares, estudemos o valor desse casamento — 1.º quanto ao estado a que pertencer a legação ou o consulado, 2.º quanto ao estado de celebração, 3.º quanto a terceiros estados.

Consideraremos apenas o valor formal do casamento, pois o valor intrinseco determina-se pela mesma fôrma por que se determina o valor intrinseco do casamento celebrado perante as auctoridades locais. E assim será nullo em toda a parte o casamento celebrado apesar de haver impedimento dirimente segundo a lei competente para regular o direito de contrair casamento (Conv. art. 1.º), a não ser que o impedimento seja de ordem religiosa e os estados signatarios considerem valido o casamento por força do art. 3.º; o casamento celebrado contra as disposições da lei local resalvadas pela alinea 1.ª do art. 2.º da convenção e applicaveis aos estrangeiros não será nullo nem mesmo no estado da celebração, etc. Ha apenas uma differença. É que o casamento de estrangeiros celebrado apesar

de haver impedimento de casamento anterior ou obstaculo de ordem religiosa, quando realizado perante as auctoridades locaes, pode ser annullado no estado da celebração e, quando realizado numa legação diplomatica ou num consulado, não pode ser annullado (Conv. art. 2.º, alinea 3.ª, e art. 6.º).

1.º) O casamento diplomatico ou consular — permittido pela legislação do estado a que pertence a legação ou o consulado, celebrado na fórmula estabelecida nesta legislação, realizado entre pessoas nenhuma das quaes seja do estado da celebração, e consentido por este estado, ou mesmo não consentido pelo mesmo estado quando seja contrario ás suas leis em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa — é *formalmente* valido no país a que pertence a legação ou o consulado.

Faltando alguma das condições apontadas, o casamento é nullo nesse estado.

A nullidade deixará, porém, de dar-se ainda havendo opposição do estado local, nos casos em que este estado pode oppôr-se, se o estado a que pertence a legação ou o consulado usar da faculdade, que lhe é concedida pelo art. 7.º, de considerar valido o casamento nullo quanto á fórmula no país da celebração, por este país se oppôr ao mesmo casamento. Adiante procuraremos determinar os termos em que os estados signatarios usarão daquella faculdade.

2.º) No estado de celebração, o casamento consular e diplomatico será valido, e só o será, quando se verifiquem todas as condições estabelecidas pela alinea 1.ª do art. 6.º, e, designadamente, quando o mesmo estado se não opponha ao casamento, se se tratar de casos em que a sua opposição possa ter lugar. A validade formal do casamento diplomatico e consular depende da realização de taes condições, em nada se modifica a necessidade das mesmas condições quanto ao estado local, e porisso o casamento será nullo quando ellas não sejam cumpridas.

3.º) Em terceiros estados, a validade formal do casamento

diplomatico e consular ainda depende, em principio, das mesmas condições. Preenchidas estas, o casamento será valido *em toda a parte*, e porisso, tanto no estado a que pertence a legação ou consulado, como no estado de celebração, com ainda em terceiros estados.

Relativamente a estes, estabelece, comtudo a convenção duas restricções áquella doutrina. São as restricções constantes da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup> e do art. 7.<sup>o</sup>

A 2.<sup>a</sup> alinea do art. 6.<sup>o</sup> applica aos casamentos diplomaticos e consulares a 2.<sup>a</sup> alinea do art. 5.<sup>o</sup>, e porisso aquelles países cuja legislação exige uma celebração religiosa poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos diplomaticos e consulares contraídos pelos seus nacionaes. O casamento diplomatico ou consular é um casamento civil e porisso facilmente se comprehende que se concedesse aos estados de celebração religiosa, quanto a este casamento, a faculdade que se lhes concedera quanto ao casamento celebrado perante as auctoridades do estado local.

E a doutrina da alinea 5.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup> só terá applicação relativamente a terceiros estados.

Os estados que exigem o casamento religioso para alguns ou para todos os seus nacionaes, ou não permitem que estes se casem nas suas legações ou nos seus consulados, e então, se o casamento se realiza, será nullo, não por ser civil, mas por o agente diplomatico ou consular não ser competente para o celebrar, ou, se excepcionalmente permitem o casamento consular ou diplomatico, que é um casamento civil, não se comprehende que deixem de o considerar valido por falta de celebração religiosa.

Mas se os nacionaes de estados que exigem uma celebração religiosa não puderem contrair casamento diplomatico ou consular nas legações ou consulados do seu país por falta de competencia dos respectivos agentes para celebrarem casa-

mentos, poderão contudo contrair aquelle casamento numa legação ou num consulado doutro país, pois a convenção apenas exige que o casamento diplomatico ou consular seja permitido pela legislação do país a que pertence a legação ou o consulado, e as legislações da maioria dos estados contractantes (Allemanha, Belgica, França, Hungria, Italia, Portugal, Suecia e Suissa), permitem que os seus agentes diplomaticos ou consulares celebrem casamentos entre nacionaes e estrangeiros. Ora foi na previsão dum casamento consular ou diplomatico entre um nacional e um estrangeiro, dum país cuja legislação exija uma celebração religiosa, que a convenção formulou a alinea 2.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup>, para conceder a este país a faculdade de não considerar valido semelhante casamento, nos termos da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup>

Em terceiros estados, pois, o casamento diplomatico ou consular poderá ser considerado nullo quando um dos conjuges seja nacional d'algum desses estados e a legislação do seu país exija uma celebração religiosa.

O art. 7.<sup>o</sup> estabelece uma nova restricção á doutrina acima formulada em sentido inverso á formulada na alinea 2.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup> Por aquelle artigo, se um casamento diplomatico ou consular é nullo quanto á fórma no estado da celebração por se haver realizado apesar da opposição desse estado nos casos em que a opposição pode dar-se, tal casamento pode ser considerado valido pelos outros estados, se tiver sido observada a fórma prescripta pela lei nacional de cada uma das partes. Vamos determinar o alcance desta faculdade.

## DIVISÃO III

Valor do casamento, nullo quanto á fórma no estado de celebração,  
nos demais estados contractantes <sup>1</sup>

SUMMARY: — 134. Disposição e motivos do art. 7.º da convenção. —

135. Casos e condições em que o estado ou os estados de origem dos conjuges e terceiros estados podem usar da faculdade de considerar valido o casamento nullo quanto á forma no estado da sua celebração. — 136. Uso que os mesmos estados farão desta faculdade.

134. A commissão de 1900 incluiu no seu projecto um artigo novo quanto á forma do casamento, que se converteu integralmente no art. 7.º da convenção.

## Art. 7.º

*Texto da convenção*

Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée.

## Art. 7.º

*Tradução official*

O casamento, nullo quanto á fórma no país onde tiver sido celebrado, poderá comtudo ser reconhecido como valido nos demais países, se tiver sido observada a fórma prescripta pela lei nacional de cada uma das partes.

Os motivos da disposição são assim formulados no relatorio: «Esta disposição é inteiramente nova. Eis a hypothese que ella tem em vista: duas pessoas pertencentes a um país cuja

<sup>1</sup> *Actes III*, pagg. 164, 177, e 178; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 305 e segg., 345 e segg. e 359 e segg.

legislação admitte o casamento religioso casam-se perante um padre num país onde o estado civil se encontra secularizado. Este casamento é nullo neste país, como contrario a uma lei de ordem publica, tanto mais que algumas vezes a legislação local estabelecerá penas contra o ministro do culto que celebrar um casamento sem se ter certificado da celebração previa do casamento civil. Não é, todavia, de presumir que este casamento seja declarado nullo no país de origem cuja lei foi respeitada. Por que razão não havia de ser a validade do casamento igualmente admittida por terceiros estados? É a situação inversa da prevista no art. 5.º, alinea 3.ª, quanto ás publicações prescriptas pela lei do país de origem. Num caso, foi violada a lei deste ultimo país; no outro, foi violada a lei do lugar da celebração. Que o país, cuja lei foi violada, reprima a violação annullando o casamento, é natural; mas a mesma solução não se impõe aos outros países, por se tratar duma prescripção de fórma. Pode igualmente ver-se no art. 7.º uma situação inversa da que resulta da disposição da 2.ª alinea do art. 5.º; esta ultima disposição reconhece ao país de origem o direito de pronunciar a nullidade dum casamento não religioso que é valido no lugar da celebração; aqui garante-se-lhe o direito de reconhecer a validade dum casamento religioso que é nullo no país da celebração, e garante-se-lhe esse direito mesmo se no país da celebração o ministro do culto que celebrar o casamento estiver sujeito a penalidades.

«Falamos até agora dum casamento religioso para explicar o art. 7.º Convem notar que elle tem um alcance mais largo, applicando-se ao casamento celebrado por um consul num país cuja legislação se oppõe á intervenção dos consules nesta materia. O casamento é formalmente nullo neste país. Mas, porque não havia de ser considerado valido no estado de que depende o consul e nos outros estados? Ha a mesma razão de decidir que para o casamento religioso ou mesmo uma razão mais

forte, porque os esposos deviam naturalmente julgar que o consul procedia legalmente. Que o governo em cujo territorio o casamento foi celebrado se queixe ao governo do consul da incorrecção praticada, que vá mesmo até fazer annullar pelos seus tribunaes o casamento que não é conforme ás suas leis, compreende-se; mas não ha razão para ir mais longe.

«A disposição do art. 7.º tinha sido restringida a principio á hypothese de casamento celebrado entre nacionaes do mesmo estado; esta condição desapareceu na redacção definitiva. Basta que a lei das duas partes admitta a validade de semelhante casamento, pouco importando que sejam ou não da mesma nacionalidade. O art. 7.º applicar-se-á, por exemplo, ao casamento dum sueco com uma norueguesa, celebrado por um pastor sueco ou norueguês»<sup>4</sup>.

135. A commissão, admittindo na alinea 1.ª do art. 5.º o principio *locus regit actum*, não lhe quis dar character meramente facultativo, de modo a ser formalmente valido o casamento celebrado tanto segundo a fórma da lei do logar da celebração como segundo a lei nacional dos esposos, preceituando, ao contrario, que a validade formal do casamento dependia da observancia da lei do logar da celebração, e dando, portanto, áquelle principio character obrigatorio.

Comtudo, tambem a convenção não sancionou a obrigatoriedade do principio em todo o seu rigor logico, de modo a o casamento ser sempre valido e só o ser quando celebrado na fórma estabelecida pela lei do logar da celebração.

Duas limitações modificam, com effeito, a obrigatoriedade do principio.

A primeira, que já conhecemos, encontra-se na alinea 2.ª

---

<sup>4</sup> *Actes III*, pag. 178.

do art. 5.º, pela qual o casamento valido segundo a lei do lugar da celebração pode ser considerado nullo pelo estado a que pertençam os conjuges, quando esse estado exija uma celebração religiosa e tal exigencia não tenha sido observada.

A segunda apparece no art. 7.º, pela qual — *o casamento, nullo quanto á fôrma no país onde tiver sido celebrado, poderá comtudo ser reconhecido como valido nos demais países, se tiver sido observada a fôrma prescripta pela lei nacional.*

Esta disposição visa, segundo o relatorio da comissão de 1900, dois casos de nullidade formal do casamento no estado da celebração: 1.º) a celebração religiosa do casamento num país de casamento civil obrigatorio; 2.º) celebração do casamento diplomatico ou consular num estado que se oppõe á sua celebração. Em qualquer dos casos, o casamento nullo no estado da celebração, pode ser considerado valido nos demais estados, desde que se observe a fôrma prescripta na lei nacional de cada um dos conjuges.

Concede assim o art. 7.º aos estados differentes do estado da celebração a faculdade de considerarem valido ou nullo o casamento formalmente nullo neste ultimo estado. Importa, porisso, verificar em que condições semelhante faculdade pode ser exercida e quando os estados contractantes effectivamente a exercerão.

Para que um casamento, formalmente nullo no estado da celebração, possa ser considerado valido nos demais estados, é necessario que tenha sido observada a *fôrma prescripta pela lei nacional* de cada uma das partes.

Qual o verdadeiro significado da fórmula — *fôrma prescripta pela lei nacional*? Tratar-se-á da fôrma matrimonial tal como ella é estabelecida na lei nacional, ou antes, tratar-se-á da fôrma matrimonial que a lei nacional exija para a validade do casamento celebrado em país estrangeiro? Isto é, a fórmula — *lei nacional* referir-se á a lei nacional nas suas disposições

direito interno ou nas suas disposições de direito internacional privado?

Parece-nos que a fórmula «lei nacional» se refere á lei nacional nas suas disposições de direito internacional privado, E, porisso, julgamos que o casamento nullo quanto á forma no estado de celebração só pode ser considerado como valido nos outros estados se tiver sido observada a forma matrimonial considerada legitima pela lei nacional de cada uma das partes.

Como já acima dissemos, embora a conferencia de 1900, rejeitando em principio a theoria da devolução, acceitasse implicitamente o principio de que a convenção se deve entender no sentido de que, quando se refere á lei de determinado país, se refere a essa lei nas suas disposições de direito interno e não nas suas disposições de direito internacional privado, deverá a mesma convenção interpretar-se como referindo-se ás normas de direito internacional privado, sempre que das suas disposições ou dos trabalhos preparatorios resulte essa interpretação, ou quando não tenha sentido senão assim interpretada.

Ora parece-nos que os trabalhos preparatorios e o texto da convenção exigem que a fórmula «lei nacional» do artigo 7.º seja entendida como referindo-se á disposição da lei nacional que prescreve certa forma matrimonial para os casamentos celebrados em país estrangeiro.

Em verdade, o trecho acima transcripto do relatório de 1900 diz terminantemente que o art. 7.º se applica tanto á hypothese de casamento religioso celebrado num país de casamento civil obrigatorio como aos casamentos diplomaticos e consulares celebrados contra a opposição do estado local. Ora, por um lado, a forma dos casamentos diplomaticos e consulares, não só pode ser, mais ou menos, differente da forma dos casamentos celebrados no país a que pertence a legação ou o consulado, mas ainda varia evidentemente de legislação para

legislação, e, por outro lado, quando a lei dum país reconhece e regula os casamentos diplomaticos e consulares dos seus nacionaes, formula preceitos que, devendo ser applicados fóra do país, já não são puramente de direito interno mas tocam o dominio do direito internacional, e, porisso, se intendessemos que a fórmula matrimonial a que se refere o art. 7.º é exclusivamente a organizada pela lei interna de cada país, não poderia aquelle artigo applicar-se aos casamentos diplomaticos e consulares, o que vae de encontro á declaração formal da commissão de 1900.

Demais, a convenção parece ter em vista, com o art. 7.º, attenuar ou as consequencias da obrigatoriedade do casamento civil perante o casamento religioso celebrado por estrangeiros subditos dum estado que reconhece esta fórmula de casamento, ou os effeitos da opposição do estado da celebração aos casamentos diplomaticos e consulares, e porisso afigura-se-nos que o art. 7.º pretendeu estabelecer a efficacia da lei nacional emquanto admite o casamento religioso ou o casamento diplomatico ou consular dos seus nacionaes em país estrangeiro.

Ainda: a commissão de 1900 affirma que o art. 7.º visa uma situação inversa da prevista na alinea 3.ª do art. 5.º, segundo a qual devem ser respeitadas as prescripções da lei nacional em materia de publicações, e é certo, como já verificamos<sup>1</sup>, que aquella alinea do art. 5.º se refere ás disposições da lei nacional que exigem a publicação dos casamentos celebrados em país estrangeiro e não áquellas que exigem a publicação dos casamentos celebrados no país. Sendo assim, parece natural que a fórmula «lei nacional» tenha o mesmo significado nos dois logares da convenção.

---

<sup>1</sup> Supra, pag. 495.

Dire., 19.ª cad.

Por fim, intender assim o art. 7.º, não equivale a admittir na sua disposição uma applicação da theoria da devolução, que a conferencia de 1900 formalmente rejeitou. Para haver devolução, seria necessario que a interpretação que seguimos conduzisse a applicar, não a lei nacional, mas a lei doutro estado a que a lei nacional se referisse, e, com aquella interpretação, não se sae do dominio da lei nacional.

Devemos, porém, notar que a questão apenas tem importancia pratica quanto aos casamentos diplomaticos e consulares, que são casamentos civis e os unicos que os estados a que pertencam os nubentes poderão considerar validos, ainda se celebrados por uma fórma differente da fórma civil estabelecida na lei interna destes estados, e se os mesmos estados admittirem os casamentos diplomaticos e consulares. O casamento religioso celebrado num país de casamento civil obrigatorio só poderá ser considerado valido pelo estado ou estados a que pertencam os nubentes, se a fórma de celebração observada no estrangeiro fôr a mesma que a fórma de celebração admittida naquelles estados, não sendo de presumir que, por exemplo, a Hespanha considere valido o casamento religioso de hespanhoes catholicos em país estrangeiro se o casamento não fôr celebrado em harmonia com o direito canonico recebido em Hespanha.

136. Mas, se o casamento pode ser considerado valido quando celebrado em harmonia com a fórma considerada legitima pela lei nacional para a realização do casamento em país estrangeiro, quando usarão o estado de origem e terceiros estados da faculdade concedida pelo art. 7.º?

Consideraremos separadamente a hypothese de casamento religioso e a hypothese de casamentos diplomaticos e consulares:

1.º) *Casamento religioso*. Esta hypothese, como a de casa-

mentos diplomaticos e consulares, deve estudar-se relativamente ao estado de origem dos conjuges e em relação a terceiros estados.

Quanto ao estado de origem, a solução é extremamente simples. Interpretado o art. 7.º como referindo-se á lei nacional nas suas disposições de conflictos, é evidente que, se aquella lei permite a celebração do casamento religioso em país estrangeiro e a convenção reconhece o direito de considerar o casamento valido, embora celebrado num país de casamento civil obrigatorio, aquelle estado o considerará valido.

Contudo, dos actuaes estados signatarios que permitem o casamento religioso — Portugal, a Austria, a Hespanha e a Suecia, só os tres ultimos usarão daquella faculdade. A Austria e a Hespanha consideravam valido, antes da convenção, o casamento dos seus nacionaes celebrado religiosamente em país estrangeiro, ainda que o casamento religioso não fosse reconhecido pela lei local<sup>1</sup>, e porisso é natural que a mesma jurisprudencia se mantenha em face do art. 7.º da convenção; a Suecia determinou, no art. 8.º do capitulo I da lei de 8 de julho de 1904, que seria considerado valido no reino o casamento entre cidadãos suecos celebrado em país estrangeiro por um padre da igreja sueca e em conformidade das prescripções da lei sueca, mostrando assim que usava da faculdade e os termos em que o fazia; Portugal, porém, porque manda observar quanto á fôrma dos actos juridicos, em geral, e quanto ao casamento, em especial, a lei do logar da celebração (cod. civ., artt. 24.º e 1065.º), não deverá considerar valido o casamento catholico celebrado num país de casamento civil obrigatorio.

Quanto a terceiros estados, não é tão simples a solução.

---

<sup>1</sup> Supra, pag. 484.

Estes poderão considerar valido ou nullo o casamento nullo quanto á fôrma no estado de celebração, sendo necessario determinar o criterio segundo o qual se decidirão pela validade ou pela nullidade do casamento.

Tres criterios poderiam formular-se para orientar os tribunaes de terceiros estados.

Pelo primeiro, estes estados considerariam valido o casamento quando assim o considerasse o estado de origem dos conjuges. Parece o criterio mais simples e aquelle que deriva do relatorio da commissão de 1900, a qual dizia que, sendo o casamento valido no estado de origem, nenhuma razão ha para que o não seja em terceiros estados.

O segundo é formulado por KAHN, e consistiria em o casamento ser considerado valido pelos estados que reconhecem o casamento religioso, e nullo pelos que estabeleceram a secularização do casamento <sup>1</sup>.

Finalmente, em harmonia com o terceiro criterio, que é apresentado por BUZZATI <sup>2</sup>, a validade ou nullidade do casamento em terceiros estados deve depender de esses estados considerarem facultativa ou obrigatoria a fôrma matrimonial do estado de celebração para a realização do casamento dos seus nacionaes em país estrangeiro.

O primeiro criterio seria certamente o mais logico e, em face do relatorio, era de esperar que a convenção o sancionasse. Comtudo esta, em vez de dizer que o casamento podia ser valido no estado de origem, e egualmente valido em terceiros estados se a validade fosse reconhecida por aquelle estado, diz simplesmente que o casamento poderá ser valido nos estados diferentes do estado de celebração, sem estabe-

---

<sup>1</sup> Cit. por BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 312,

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, *log. cit.*

lecer qualquer dependencia entre o estado de origem e os outros estados, e porisso não ha razão juridica nem para admittir essa dependencia, nem, portanto, para seguir o primeiro criterio. A convenção equipara o estado de origem e terceiros estados, podendo estes determinar-se livremente e sem se preocuparem com o que faça o estado de origem.

O criterio de KAHN tambem não é acceitavel, pela decisiva razão de que, do facto de um estado secularizar o casamento, não deriva que esse estado não reconheça o casamento celebrado religiosamente num país que admittie o casamento religioso, sendo, como é, certo que muitos estados de casamento civil obrigatorio admittem o principio *locus regit actum* quanto á fórma do casamento dos seus nacionaes em país estrangeiro, ainda que a fórma matrimonial estrangeira seja uma fórma religiosa. Não havendo assim relação de dependencia entre a secularização do casamento e o não reconhecimento do casamento religioso celebrado em país estrangeiro, ao criterio de KAHN falta base juridica para orientar o procedimento de terceiros estados na determinação do valor do casamento nullo quanto á fórma no estado da celebração.

O criterio de BUZZATI é o unico juridicamente fundamentado. Desde que a convenção dá a terceiros estados a faculdade de considerarem o casamento valido sempre que seja observada a fórma prescripta pela lei nacional de cada uma das partes, não têm esses estados outro criterio juridico para se decidirem pela validade ou pela nullidade senão o que resulta da applicação do seu proprio direito ácerca do valor do principio *locus regit actum* relativamente aos casamentos dos seus nacionaes em país estrangeiro. Se o principio é facultativo, considerarão o casamento valido, pois resulta do seu direito a validade permittida pela convenção. Se o principio é obrigatorio, a validade permittida pela convenção seria contraria ao seu direito, e portanto decidir-se-ão pela nullidade.

Adoptando este criterio, vejamos qual será o destino do casamento em cada um dos estados contractantes.

O casamento será nullo na Belgica, na França, na Hollanda, na Hungria, no Luxemburgo, em Portugal, na Rumania e na Suissa, que, ou declaram obrigatoria dum modo geral a fôrma matrimonial do estado onde se realizar o casamento (Hungria e Suissa) ou a declaram obrigatoria para os seus nacionaes e por analogia a applicação aos estrangeiros <sup>1</sup>. Será, porém, valido: na Allemanha, pois, sendo competente, segundo o art. 11.º da lei de introdução do codigo civil allemão, para regular a validade formal dos actos juridicos a mesma lei que regula a sua validade intrinseca, e sendo competente para regular a validade intrinseca do casamento a lei nacional, os tribunaes allemães devem considerar valido o casamento; na Austria, que considera a fôrma local meramente facultativa; na Hespanha que, se reconhece a fôrma matrimonial local, a considera facultativa; na Italia, que, se considera a fôrma local obrigatoria para os casamentos entre italianos ou entre italianos e estrangeiros (cod. civ., art. 100.º), estabelece o principio geral de que a fôrma dos actos juridicos pode ser regulada pela lei do logar da celebração ou pela *lei nacional commun* a todas as partes (cod. civ., tit. prel., art. 9.º), e porisso a disposição relativa ao casamento de italianos em país estrangeiro tem character excepcional e não poderá applicar-se ao casamento de estrangeiros; e na Suecia, onde o casamento será *sempre* valido, desde que seja celebrado na fôrma considerada competente no país dos conjuges ou no país de cada um delles, se pertencerem a estados differentes (Lei de 8 de julho de 1904, cap. I, art. 9.º), seguindo assim este estado o primeiro criterio que apresentamos.

---

<sup>1</sup> Supra, pag. 484.

2.º) *Casamentos diplomaticos e consulares.* Estes casamentos serão nulos quanto á fôrma no estado de celebração, se se realizarem com a opposição deste estado.

Comtudo, se tiver sido observada a fôrma prescripta pela lei nacional de cada uma das partes, poderá o casamento ser considerado valido pelos outros estados.

Em face da interpretação que demos á fórmula «lei nacional» do art. 7.º, significa a mesma fórmula, quanto aos casamentos diplomaticos e consulares, que estes casamentos sejam permittidos pela lei do país a que pertence cada uma das partes.

Assente este principio geral, verifiquemos qual o valor do casamento 1.º) no estado do agente e 2.º) em terceiros estados.

1.º) No estado do agente, quer os conjuges sejam ambos seus nacionaes, quer o seja só um delles, o casamento será sempre valido, desde que a lei desse estado permitta o casamento. Se a lei do agente permite o casamento e a convenção permite a sua validade, apesar da opposição do estado local, é logico que o estado do agente se decida pela validade do casamento.

2.º) Quanto a terceiros estados, é mais difficil a solução.

Segundo KAHN <sup>1</sup>, os terceiros estados inclinar-se-ão ou para a solução do estado do agente ou para a solução do estado da celebração, considerando assim o casamento valido ou nullo, consoante o seu direito matrimonial diplomatico fôr mais analogo ao do primeiro ou ao do segundo estado.

Por seu lado, BUZZATI <sup>2</sup> intende que os terceiros estados se inclinarão para a solução do estado do agente, pela dupla

---

<sup>1</sup> Cit. por BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 361.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pag. 362.

consideração de que o fim geral da convenção é assegurar a validade do casamento, e de que ha certa semelhança entre esta hypothese e da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup>, segundo a qual, embora o estado local possa oppôr ao casamento de estrangeiros os impedimentos de parentesco, adulterio e conjugicídio, se o casamento se realiza, não é nullo nem mesmo no estado da celebração.

Parece-nos que a razão está do lado de KAHN. Se os terceiros estados podem considerar valido ou nullo o casamento diplomatico ou consular nullo no estado da celebração, por este estado se oppôr a tal casamento, não vemos que elles tenham outra razão de decidir senão a que resulta do seu proprio direito matrimonial diplomatico ou consular. Se pelo seu direito o casamento fôr valido, esses estados decidir-se-ão por certo pela validade permittida pela convenção. Se, pelo mesmo direito, fôr nullo, pela nullidade se resolverão em face do art. 7.<sup>o</sup> da convenção. É a solução affim da que seguimos quanto ao casamento religioso, não vendo razão para adoptar outra doutrina.

As razões de BUZZATI não nos podem convencer. A convenção pretende effectivamente garantir a validade do casamento, mas, desde que deixa a liberdade de o considerar valido ou nullo, é porque pretendeu permittir que os estados pudessem affastar-se da solução da validade. A invocação da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 2.<sup>o</sup> em nada apoia, antes prejudica, a sua solução, pois lá a convenção disse que a infracção da lei local não produzia a nullidade do casamento, e aqui não só reconheceu de logo a nullidade no estado da celebração, mas permittiu a nullidade ou validade nos outros estados.

Como observação commum ao casamento religioso e ao casamento diplomatico ou consular, notaremos que, para o casamento nullo no estado da celebração poder ser valido nos outros estados, não é necessario que os conjuges tenham antes

do casamento a mesma nacionalidade. Podem ser de nacionalidade differente, bastando que a fôrma do casamento seja reconhecida pela lei nacional de cada um delles, como expressamente o indicam as ultimas palavras do art. 7.º

§ V

Esphera de applicação da convenção <sup>1</sup>

SUMMARIO:—137. Disposição e motivos do art. 8.º da convenção.—138. Criterios geracs ácerca da esphera de applicação da convenção.—139. Termos em que são applicaveis as leis de estados não contractantes para regular o direito de contrair casamento.—140. Ampliação e restricção do systema de impedimentos das leis de estados não contractantes pelas leis de ordem publica do estado da celebração do casamento.—141. Applicação dos art. 4.º e 5.º da convenção aos casamentos mixtos de nacionaes e não nacionaes dos estados contractantes.—142. Não applicação do art. 6.º da convenção aos casamentos diplomaticos e consulares celebrados por agentes de estados não contractantes.—143. Applicação aos casamentos mixtos do art. 7.º da convenção.—144. A faculdade concedida aos estados contractantes de não applicarem leis de estados não contractantes abrange tanto o momento da celebração do casamento como o momento da sua apreciação judicial.—145. Disposições dos artigos finaes da convenção.

137. A conferencia de 1900, decidindo dar ás suas deliberações a fôrma de projectos de tratados, formulou regras ácerca da applicação dos tratados a concluir.

Foi assim que a commissão encarregada de estudar as condições de validade do casamento propôs e a conferencia votou a disposição que hoje se lê no art. 8.º da convenção:

<sup>1</sup> *Actes III*, pagg. 177 e 179; BUZZATI, *ob. cit.*, pagg. 128, 194, 240, 280, 371 e 375 e segg.

## Art. 8.º

*Texto da convenção*

La présente convention ne s'applique qu'aux mariages célébrés sur le territoire des États contractants entre personnes dont une au moins est ressortissant d'un de ces États.

Aucun État ne s'oblige, par la présente convention, à appliquer une loi que ne serait pas celle d'un État contractant.

## Art. 8.º

*Tradução official*

A presente convenção não se applica senão aos casamentos celebrados no territorio dos estados contractantes entre pessoas das quaes uma, pelo menos, suja nacional dum desses estados.

Nenhum estado se obriga, pela presente convenção, a applicar lei que não seja a dum estado contractante.

A disposição é assim motivada no relatório: «Foi por proposta do delegado da Allemanha que a comissão procurou delimitar o campo de applicação da convenção. Foram propostos diversos systemas. Accordou-se facilmente em que a convenção apenas respeitava aos casamentos celebrados no territorio dos estados contractantes. Deveria, porém, supplicar-se a todos estes casamentos, independentemente da nacionalidade das partes? Chegou a pensar-se em o estabelecer, invocando o interesse superior do estado ligado á regularidade e validade dos actos realizados no seu territorio, mesmo por estrangeiros. Mas depressa se reconheceu que os estados fazem tratados para os seus nacionaes e não para os estrangeiros. Se um americano casa com uma inglesa em Berlim, a situação é naturalmente regulada pelas normas de conflictos da legislação allemá? Que interesse poderão ter a França, a Belgica e a Italia em que a Allemanha applique na especie as regras da convenção?

«Dever-se-á exigir que ambos os esposos sejam nacionaes dos estados contractantes? A affirmativa parecia natural. E notou-se que, se por exemplo, um francês queisesse casar com uma inglesa

na Allemanha, as auctoridades allemãs deveriam applicar, ao francês, as regras da convenção, e, ao inglês, as disposições do direito allemão sobre conflictos de leis, disposições que poderão concordar mais ou menos com as regras da convenção. Todavia o dualismo, além de trazer grandes complicações praticas, não corresponde a uma ideia justa. Os estados contractante têm interesse em que ao casamento dum nacional com um não nacional se applique a convenção, que formulou as regras consideradas boas na materia e cuja observancia garante a validade do casamento nos estados contractantes. Porisso é necessario e basta que um dos futuros conjuges seja nacional dum estado contractante.

«Consequentemente, se nacionaes dos estados contractantes se casam fóra do territorio destes estados, ou se nacionaes dos estados não contractantes se casam neste territorio, a convenção não se applica. Recorrer-se-á ás regras de conflictos de leis admittidas em cada estado e que podem encontrar-se na legislação, nos precedentes judiciarios ou na doutrina. A delimitação que acaba de ser feita é importante, porque, para os casos que entram na convenção, as disposições que ella contem afastam as regras de conflictos que existam nas legislações particulares.

«O art. 8.º contem em seguida uma reserva a respeito da lei applicavel. Se a convenção se applicasse exclusivamente aos casamentos entre nacionaes dos estados contractantes e se as diversas legislações admittissem que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional, a convenção apenas conduziria a applicar leis dos estados contractantes, e os estados associados, conhecendo ou sendo considerados como conhecendo as suas legislações respectivas, podiam obrigar-se a respeitá-las na medida prevista na convenção. Mas ha nos estados contractantes legislações que remettem para a lei do domicilio. Um nacional dum estado contractante pode estar domiciliado num

estado não contractante, cuja lei se tornaria assim applicavel se não se admittisse uma modificação. Dar-se-á isto sobretudo no caso do casamento dum naciolal com um não nacional dos estados signatarios. Deve porisso tomar-se uma precaução: não se pode assumir o compromisso de respeitar qualquer lei que seria applicavel segundo os principios estabelecidos, porque esta lei poderia ser a dum país de civilização completamente differente. Assim o art. 8.º, alinea 2.ª, declara que nenhum estado contractante se obriga a applicar uma lei que não seja a dum estado contractante; relativamente a tal lei, readquire cada estado a sua liberdade de apreciação e de decisão.

«É quasi desnecessario notar que a *lei applicavel* de que acabamos de falar é a lei relativa ás qualidades e condições para contrair casamento, e não a lei que regula os conflictos de leis. Se uma americana estiver domiciliada em Berlim, e ahi quizer casar-se, nada se oppõe a que se applique a lei do domicilio, se a lei nacional a ella se referir»<sup>1</sup>.

A disposição do art. 8.º ainda se completa com a disposição da primeira parte do art. 9.º da convenção, assim redigida: «A presente convenção, applicavel somente aos territorios europeus dos estados contractantes. . . ». Não se applica, pois a convenção em todo o territorio dos estados contractantes, mas apenas no seu territorio europeu.

138. A simples leitura dos artt. 8.º e 9.º mostra que a esphera de applicação da convenção se determina segundo um triplice criterio: 1.º) lugar da celebração do casamento; 2.º) nacionalidade dos esposos; 3.º) lei a applicar.

1.º) *A convenção só se applica no territorio europeu dos estados contractantes.* A commissão de 1900 affirma que se

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pagg. 178 e 179.

accordou facilmente em limitar a convenção aos casamentos celebrados no territorio dos estados contractantes, mas não diz o motivo porque tão depressa se chegou a esse accordo, e era desejavel que o dissesse, pois não se vê bem porque a convenção não havia de applicar-se, quando isso fôsse possível, aos casamentos de subditos dos estados contractantes celebrados fóra do seu territorio. O art. 1.º, que se relaciona com a nacionalidade das pessoas, podia certamente applicar-se a casamentos celebrados fóra do territorio convencional e, alargando a sua applicação, ter-se-ia ampliado o regimen de uniformidade estabelecido pela convenção.

2.º) *A convenção só se applica aos casamentos entre pessoas das quaes uma, pelo menos, seja nacional dum estado contractante.* Das tres soluções — applicar a convenção a *todos* os casamentos celebrados no territorio dos estados contractantes, independentemente da nacionalidade dos contraentes, ou applicá-la *só* quando *ambos* os contraentes fossem nacionaes desses estados, ou applicá-la sempre que *um* dos contraentes pertencesse a algum desses estados — optou a conferencia pela ultima solução, afastando a primeira pela razão de os estados celebrarem tratados para os seus nacionaes e não para os subditos doutros estados, e afastando a segunda por ser de interesse dos estados contractantes que ao casamento dum seu nacional com um não nacional se applique a convenção, a qual formulou regras consideradas boas na materia e cuja observancia garante a validade do casamento nos mesmos estados contractantes, além de que, se na hypothese de semelhante casamento a convenção apenas se applicasse ao nubente nacional de algum dos estados contractantes, applicando-se ao outro nubente as normas de conflictos particulares de cada um dos mesmos estados contractantes, resultaria um dualismo determinante de grandes difficuldades praticas.

Desde que, portanto, uma das partes seja nacional dalguns

dos estados contractantes, applicam-se os principios da convenção para regular as condições de vavidade intrinseca ou extrinseca do seu casamento.

A applicação da convenção aos casamentos *mixtos* tem, porém, a limitação constante da seguinte regra :

3.º) *Nenhum dos estados contractantes se obriga, pela convenção, a applicar uma lei que não seja a dum estado contractante* (Conv. art. 8.º, alinea 2.ª).

A convenção podia conduzir a applicar em dois casos a lei dum estado não contractante.

O primeiro caso resultaria da regra de devolução formulada pelo art. 1.º Desde que o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional ou pela lei a que a lei nacional se refira, bastaria que estivesse domiciliado num estado não contractante um subdito dum estado contractante que mande regular o direito de contrair casamento pela lei do domicilio, para ser applicavel a lei dum estado não contractante.

O segundo dar-se-ia por virtude do alinea 1.ª do art. 8.º Se a convenção se applica aos casamentos entre nacionaes e não nacionaes dos estados contractantes, e se, pelo art. 1.º, a lei normalmente competente para regular o direito de contrair casamento é a lei nacional dos futuros conjuges, a consequencia seria que, ainda por este lado, a convenção conduziria á applicação das leis de estados não contractantes.

Ora, porque as leis de estados não contractantes podem informar-se em principios de civilização muito differentes dos admittidos pelos estados contractantes e porisso a sua applicação repugnar aos mesmos estados contractantes, estabeleceu a alinea 2.ª do art. 8.º a reserva acima formulada, para o effeito de deixar aos estados contractantes a liberdade de apreciação e de decisão quanto á applicação de leis de estados não contractantes.

Dos criterios acceitos para determinar a esphera de appli-

cação da convenção, o ultimo, principalmente, pode suscitar dificuldades, e porisso vamos comparar o art. 8.º com cada um dos anteriores artigos da convenção para verificarmos em que termos a convenção pode conduzir a applicação de leis de estados não contractantes e em que termos os estados contractantes farão uso da faculdade que lhes é concedida pela alinea 2.ª do art. 8.º

139. Considerado só de per si, poderia o art. 1.º da convenção, por virtude da regra de devolução que sanciona, determinar a applicação de leis de estados não contractantes a casamentos entre subditos de estados contractantes, se a convenção fôsse assignada por estados de systema da lei do domicilio e subditos desses estados domiciliados em estados não contractantes pretendessem casar-se em algum dos estados contractantes.

Comtudo, a convenção não foi assignada por nenhum estado de systema da lei de domicilio, e portanto no momento actual nenhuma applicação pode ter a alinea 2.ª do art. 8.º quanto a casamentos entre subditos dos estados contractantes. Dos actuaes estados signatarios, só a lei suissa se refere a outra lei. Mas, porque a mesma lei suissa se refere á lei do logar da celebração, e a convenção só se applica aos casamentos celebrados no territorio dos estados contractantes, segue-se que ainda em tal caso se applicará a lei dum estado contractante.

Comtudo, da combinação do art. 1.º com a alinea 1.ª do art. 8.º, poderá resultar já no momento actual a applicação duma lei dum estado não contractante. A convenção applica-se aos casamentos entre nacionaes e não nacionaes dos estados contractantes, o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional ou pela lei a que a lei nacional se refira, e porisso, sendo competente para regular o direito de contrair casamento

do não nacional a lei do seu país, a convenção conduziria sempre á applicação duma lei dum estado não contractante, e, sendo competente a lei do domicilio, ainda teria que applicar-se a lei dum estado não contractante, se o domicilio não fosse em algum dos estados signatarios.

Sendo ássim, importa saber em que termos os estados signatarios poderão usar da faculdade de não applicar a lei dum estado não contractante reguladora do direito de contrair casamento, tanto no momento actual relativamente aos casamentos mixtos, como de futuro, se á convenção adherir algum estado de systema de lei do domicilio.

Como no art. 1.º a palavra lei tem o duplo sentido de lei de direito interno e de lei de direito internacional privado, importa determinar se, pela alinea 2.ª do art. 8.º, os estados se reservaram a faculdade de não applicar *qualquer lei* dos estados não contractantes, ou sómente de não applicar as *leis de direito interno*.

Parece-nos que os estados apenas se reservaram a faculdade de não applicar as leis de direito interno.

É o que resulta da expressa declaração da commissão de 1900 e da razão determinante da alinea 2.ª do art. 8.º

Ao justificar esta alinea, disse a commissão: «É quasi desnecessario notar que a *lei applicavel* de que acabamos de falar é a lei relativa ás *qualidades e condições* para contrair casamento, e não a lei que regula os conflictos de leis»<sup>1</sup>.

Esta interpretação é confirmada pela razão que determinou a reserva da alinea 2.ª do art. 8.º, que foi os estados signatarios não se quererem sujeitar a admittir como *lei reguladora* do casamento una lei dum estado não contractante, e as nor-

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 179,

mas de conflictos *não regulam*, indicam a *lei reguladora* das relações jurídicas.

Demais, a applicação das normas de conflictos dum estado não contractante pode conduzir á applicação da lei dum estado contractante, o que acontecerá sempre que a regra de conflictos remetta para a lei do domicilio ou para a lei do logar da celebração e o interessado esteja domiciliado ou o casamento se realize num dos estados contractantes, e não é de presumir que estes estados não quisessem applicar a convenção em casos em que as disposições convencionaes levam á applicação das suas leis.

Consequentemente, o que os estados signatarios se reservaram foi a faculdade de não applicarem a lei de direito interno que, pela convenção, seria competente para regular o direito de contrair casamento, quando essa lei seja dum estado não contractante.

Admittida esta interpretação, segue-se verificar em que termos os estados signatarios usarão da faculdade de não applicarem a lei interna de estados não contractantes reguladora do direito de contrair casamento.

A Suecia e a Suissa já declararam a sua conducta.

A lei sueca de 1904 applicou os principios da convenção a todos os estrangeiros e portanto não ha que distinguir nesse país entre estados contractantes e não contractantes quanto á applicação da lei reguladora do direito de contrair casamento. É, porém, de notar que a lei sueca, regulando especificadamente a materia de nullidades do casamento, determinou (cap. II, art. 1.º) que o casamento de estrangeiros só poderia ser annullado em harmonia com leis estrangeiras ou quando o rei ordenasse que taes leis podiam ser applicadas na Suecia ou quando houvesse tambem motivo de nullidade segundo a lei sueca, declarando o decreto de 8 de julho de 1904 que seriam applicaveis na Suecia quanto a nullidades do casamento

as leis da Allemanha, Austria, Dinamarca, Belgica, França, Gran-Bretanha, Hespanha, Hollanda, Hungria, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Rumania, Russia e Suissa, vigentes nos territorios da Europa. Porisso, em materia de nullidades, só serão respeitadas na Suecia, além das leis dos estados contractantes, as da Dinamarca, Inglaterra e Russia.

Na já conhecida circular de 1905, o conselho federal suiso declarou aos governos cantonaes que a convenção se não applica senão aos cidadãos dos estados contractantes, o que, em face dos actuaes estados signatarios, equivale a declarar que a Suissa não applicará senão as leis dos estados contractantes e significa que o governo daquelle país intendeu a alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup> no sentido de que os estados se reservaram a faculdade de não applicar tanto as leis internas como as normas de conflictos de estados não contractantes, pois a convenção não se applicará a subditos de estados não contractantes ainda que as leis destes estados remettam para a lei dum estado contractante, o que parece exaggerado e contrario á verdadeira intelligencia da convenção.

Nos demais estados contractantes, apenas se refeririam ao assumpto os relatorios das propostas de lei de approvação da convenção na Austria e na Hungria e a memoria apresentada pelo governo allemão ao Reichstag sobre a convenção. A memoria allemã e o relatorio hungaro consideram applicavel a convenção aos casamentos mixtos sempre que a convenção conduza á applicação da lei dum estado contractante, isto é, dão á palavra lei da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup> a mesma significação que nós lhe damos, e, além disso, a memoria allemã acrescenta que os estados contractantes se obrigaram sómente a applicar as leis vigentes no territorio convencional por parecer perigoso applicar disposições desconhecidas, sem a reserva geral da ordem publicá e sem a garantia da reciprocidade. O relatorio austriaco diz que não pode ser applicada a lei decla-

rada competente pela convenção senão fôr lei dum estado contractante <sup>1</sup>.

O memoria allemã e o relatorio austriaco contêm, a nosso ver, inexactidões. A memoria allemã subordina a applicação das leis de estados não signatarios não só á reserva geral da ordem publica, no que nos parece estar com a verdade, mas tambem á garantia da reciprocidade, e aqui parece-nos laborar em erro, pois as conferencias da Haya fundaram a applicação das leis estrangeiras num principio de *justiça* <sup>2</sup>, e a reciprocidade, em vez de traduir a justiça, traduz os principios de conveniencia e de *cortesia* nas relações internacionaes. O relatorio austriaco exaggera o alcance da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup>, pois os estados signatarios não se obrigaram a não applicar leis de estados não contractantes, mas apenas se reconheceram a faculdade de não applicar essas leis, e porisso podem certamente applicá-las.

De resto, os tres documentos nem são bastantemente determinados nem obrigam evidentemente as auctoridades e tribunaes dos respectivos paises, e porisso ainda podemos contar os tres estados entre aquelles que não determinaram o uso que farão da faculdade reconhecida pela alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup> da convenção.

Como deverá, pois, interpretar-se o silencio dos estados signatarios ácerca do uso de tal faculdade.

Parece-nos que a verdadeira resposta a esta pergunta resulta com clareza da alinea 1.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup>, e do modo como a commissão de 1900 justificou a 2.<sup>a</sup> alinea do mesmo artigo.

Pela alinea 1.<sup>a</sup>, a convenção applica-se aos casamentos mixtos e porisso, em principio, os estados signatarios reconheceram

---

<sup>1</sup> BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 132 e segg.

<sup>2</sup> *Actes I*, pag. 24 e 25.

como competente para regular o direito de contrair casamento do nubente não nacional dum estado contractante ou a sua lei nacional ou a lei a que a lei nacional se refira, e porisso o silencio dos estados signatarios não pode ser interpretado senão como significando que, dum modo geral, a lei reguladora do direito de contrair casamento por parte dos não nacionaes de estados contractantes é a lei competente segundo a convenção.

Mas, a lei dum estado não contractante podia ser a lei dum país de civilização muito differente da dos estados contractantes e por tal motivo, diz a commissã de 1900, «o art. 8.º, alinea 2.ª, declara que nenhum estado contractante se obriga a applicar uma lei que não seja a dum estado contractante» e «relativamente a tal lei readquire cada estado a sua liberdade de apreciação e de decisão». A alinea 2.ª do art. 8.º explica-se pois pela differença de civilização que pode haver entre os estados contractantes e não contractantes e tem por destino dar aos estados contractantes a liberdade de afastar as leis que repugnem ao seu estado de civilização.

Sendo assim, os estados contractantes deverão applicar ou deixar de applicar as leis dos estados não contractantes segundo o criterio geral da ordem publica como meio de restringir a applicabilidade das leis estrangeiras e afastar as que repugnem aos principios fundamentaes da sua civilização.

Não vemos outro meio de interpretar o silencio dos estados signatarios. Nos casamentos mixtos, applica-se aos não nacionaes a lei competente segundo a convenção, ficando, porém, a applicação dessa lei sujeita ás limitações exigidas pelo principio da ordem publica como elle fôr intendido no estado local.

Da interpretação que acabamos de dar á alinea 2.ª do art. 8.º da convenção, derivam os seguintes corollarios: 1.º) o direito de contrair casamento dos subditos de estados não contractantes que sigam o systema da lei nacional é regulado *em principio*, pela lei do seu país; 2.º) o direito de contrair casamento de

subditos de estados não contractantes que sigam o systema da lei do logar da celebração é *sempre* regulado pela lei a que a lei do seu país se refira, desde que o casamento se realize num estado contractante, e o direito de contrair casamento de subditos de estados não contractantes que sigam o systema da lei do domicilio é *sempre* regulado pela lei do domicilio se estiverem domiciliados em alguns dos estados contractantes, e é regulado *em principio* pela mesma lei se estiverem domiciliados em estado não contractante<sup>1</sup>.

1 1.º) Os estados não contractantes ou partes desses estados que seguem o systema da lei nacional para determinar o direito de contrair casamento, ou dum modo geral ou quanto ao casamento dos seus nacionaes em país estrangeiro, são: na Europa, a Bulgaria, a Grecia, o Monaco e a Russia, á excepção das provincias balticas; na America, o Chili, Colombia, Costarica, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexico, Perú, Salvador, Uruguay e Venezuela; na Africa, o Congo; e, na Asia, o Japão. Aos subditos destes estados que casem com subditos dos estados contractantes, applicar-se-á, pois, por força dos artt. 1.º e 8.º da convenção, a lei do seu país dentro dos limites marcados pelo principio de ordem publica do estado onde essa lei tenha de ser applicada (BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 139).

2.º) Pelo art. 1.º da convenção, para que o direito de contrair casamento não seja regulado pela lei nacional, mas por outra lei, é necessario que a lei nacional se refira *expressamente* a outra lei, e porisso os estados não contractantes ou partes desses estados que mandam regular o direito de contrair casamento por outra lei constituem dois grupos segundo ha ou deixa de haver no seu direito referencia expressa a uma lei differente da lei nacional.

Ao primeiro grupo pertencem as provincias russas da Livonia, da Esthonia e da Corlandia (lei do domicilio), a Argentina (lei do logar da celebração para os domiciliados na Argentina, e lei do domicilio para os domiciliados em país estrangeiro), o Brasil (lei do logar da celebração) e os seguintes estados ou territorios da republica norte-americana: Arkansas, Arizona, California, Colorado, Dakota, Kentucky, Maine, Massachusetts, Nebraska, Novo Mexico e Wyoming (lei do logar da cele-

140. Aceita a doutrina de que o direito de contrair casamento dos não nacionaes dos estados signatarios com subditos destes estados é regulado pela sua lei nacional ou pela lei a que a lei nacional expressamente se refira, com a modificação, porém, de que, quando se trate de leis de estados não contractantes, estas leis só serão applicadas dentro dos limites da ordem publica do estado local, segue-se determinar estes limites tanto pelo que respeita á ordem publica prohibitiva como pelo que respeita á ordem publica permissiva.

a) *Ordem publica prohibitiva.* A theoria da ordem publica prohibitiva formulada pela convenção contem-se no art. 2.º, pelo qual o estado da celebração pode prohibir o casamento de estrangeiros, quando nas suas leis houver a prohibição absoluta do casamento por parentesco, adulterio ou conjugicidio, e pode oppôr-se ao casamento de estrangeiros perante as auctoridades locais quando o casamento, em razão de casamento anterior ou de obstaculo de ordem religiosa, seja contrario ás suas leis.

---

bração). Aos subditos destes estados deverá applicar-se a lei do país do domicilio ou do país da celebração, nos termos indicados no texto, pois se verifica a condição exigida pelo artigo primeiro da convenção, isto é, a referencia expressa pela lei nacional a uma outra lei (BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 140; decreto brasileiro de 24 de janeiro de 1890).

No segundo grupo entram a Dinamarca, a Inglaterra, a Noruega e a maior parte dos estados e territorios da união americana. Nestes estados ou territorios, embora seja admittido o principio de que o direito de contrair casamento é regulado pela lei do domicilio (Dinamarca, Inglaterra e Noruega) ou pela *lex loci actus* (territorios e estados americanos, onde, porém, se observa a tendencia para substituir á *lex loci* a lei do domicilio), falta uma referencia expressa das leis dos mesmos estados a outras leis, e porisso aos seus nacionaes deve applicar-se, em harmonia com a convenção, a lei desses estados e não a lei do domicilio ou a lei do logar da celebração.

Ainda prevalecerá a mesma theoria de ampliação do systema de impedimentos de lei estrangeira quando se trata dum casamento mixto e a lei reguladora do direito de contrair casamento seja uma lei de estado não contractante?

Á primeira vista, assim podia parecer, pois a convenção applica-se aos casamentos mixtos (art. 8.º, alinea 1.ª) e a theoria da convenção ácerca da ordem publica prohibitiva é a que se contem no art. 2.º

Todavia, não oppôr ao casamento de estrangeiros os impedimentos da lei local, equivale a respeitar apenas o systema de impedimentos da lei estrangeira, e portanto a applicar essa lei. Ora, porque os estados signatarios se não obrigaram a applicar as leis dos estados não contractantes, resulta que o systema de impedimentos da lei nacional ou da lei a que a lei nacional se refira, quando qualquer dessas leis seja lei dum estado não contractante, poderá ser ampliado com outros impedimentos além dos indicados no art. 2.º da convenção. Doutra maneira, os estados contractantes não teriam a faculdade, mas a obrigação, de applicar as leis de estados não contractantes, o que é contrario á alinea 2.ª do art. 8.º, e daria o resultado, por exemplo, de os estados contractantes terem de admittir o casamento dum individuo já casado que pertencesse ou tivesse domicilio num estado que admittisse a polygamia, já que o art. 2.º não indica o impedimento de casamento anterior não dissolvido.

Mas se, além das prohibições enumeradas no art. 2.º da convenção, os estados contractantes ainda podem ampliar com outras prohibições o systema de impedimentos da lei compepara regular o direito de contrair casamento, quando essa lei seja a dum estado não contractante, dentro de que limites poderão fazer tal ampliação?

A solução a adoptar deriva, a nosso ver, da razão por que a commissão de 1900 supprimiu no seu projecto o n.º 1 do

art. 2.º do projecto de programma da terceira conferencia, pelo qual o estado da celebração do casamento podia prohibir o casamento de estrangeiros contrario ás suas leis referentes á *necessidade da dissolução dum casamento anterior*.

Esse numero foi supprimido por inutil, pois, por um lado, o impedimento de casamento não dissolvido existia em *todo o territorio convencional*, e, por outro lado, os estados signatarios não se obrigavam a applicar leis de estados não contractantes <sup>1</sup>.

Este procedimento da commissão de 1900 mostra que a terceira conferencia obedeceu ao pensamento de que, além dos impedimentos indicados no artigo 2.º da convenção, podiam ser oppostos ao casamento de estrangeiros os impedimentos existentes em todo o territorio convencional, como é o impedimento de casamento anterior não dissolvido.

Ora, parece-nos que neste pensamento da conferencia de 1900 se contem o criterio segundo o qual os estados contractantes podem oppôr ao casamento de estrangeiros, por motivos de ordem publica, outros impedimentos além dos indicados no art. 2.º da convenção, quando a lei reguladora do direito de contrair casamento fôr uma lei de estado não contractante. Em criterio será que podem ser oppostos os impedimentos que existam em todo o territorio convencional.

A razão é simples. Pela convenção, os estados signatarios obrigaram-se evidentemente a limitar os impedimentos do casamento aos estabelecidos pela lei competente para regular o direito de contrair casamento, apenas accrescentados com os indicados no art. 2.º da convenção, quando aquella lei fôsse a dum estado contractante; a convenção applica-se ainda quando a lei competente para regular o direito de contrair

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 24 e 45.

casamento seja a dum estado não contractante ou porque a lei dum estado contractante remetta para essa lei ou porque o casamento é mixto e o direito de contrair casamento do não nacional dos estados signatarios é regulado pela sua lei nacional ou pela lei dum estado não signatario; e portanto deve entender-se que os estados signatarios, ao reservarem-se a faculdade de não applicar leis de estados não contractantes, apenas quiseram afastar essas leis quando fossem differentes das leis vigentes no territorio convencional, isto é, quando essas leis deixassem de reconhecer impedimentos estabelecidos pelas leis dos estados signatarios. Se pela convenção, os estados signatarios, reconheceram a applicabilidade das suas leis em todo o territorio convencional, e ampliaram a mesma convenção a casamentos que podem ser regidos por leis differentes, não ha razão nenhuma para que estas leis se não applicuem enquanto coincidirem com as leis dos estados contractantes. Só quando houver differenças, apparecerá a legitimidade de exercer a faculdade concedida aos estados signatarios pela alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup>

b) *Ordem publica permissiva.* A theoria convencional da ordem publica permissiva encontra-se no art. 3.<sup>o</sup>, pelo qual os estados signatarios podem permittir os casamentos, prohibidos pela lei competente para regular o direito de contrair casamento, por motivos exclusivamente religiosos.

Ainda será esta a theoria applicavel aos casamentos regidos, quanto ao direito de os contrair, pelas leis de estados não contractantes?

Tem a theoria de ser modificada com o disposto na alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup> Os estados signatarios não se obrigaram a applicar leis de estados não contractantes e porisso poderão restringir o systema de impedimentos estabelecido por essas leis.

Mas até onde poderá ir a restricção?

Pronunciamo-nos por uma solução semelhante á que sustentamos relativamente á ordem publica prohibitiva.

Os estados signatarios obrigaram-se a reconhecer todos os impedimentos das leis dos outros estados com excepção dos impedimentos de ordem religiosa; além disso, applicaram a convenção a casamentos regidos por leis de estados não contractantes; e portanto, reservando-se a faculdade de não applicar estas leis, quizeram por certo afastar as disposições em que fossem diferentes das leis vigentes no territorio convencional, e não aquellas em que fossem eguaes.

Sendo assim, é legitima a conclusão de que os estados signatarios só poderão permittir o casamento prohibido pela lei competente para o reger, quando esta lei seja dum estado não contractante, se a prohibição se basear em impedimento religioso ou em impedimento que não exista no territorio convencional e seja contrario á ordem publica local, como acontece, por exemplo, com o impedimento de raça<sup>1</sup>, que existe em alguns estados norte-americanos, não é reconhecido por nenhum dos estados contractantes, e é contrario aos principios de egualdade que presidem á sua organização juridica. Só deste modo poderá conciliar-se a applicação da convenção aos casamentos regidos por lei de estados não contractantes com a faculdade reconhecida aos estados contractantes pela alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup>

141. O art. 4.<sup>o</sup> da convenção applica-se evidentemente aos casamentos mixtos. A obrigação de provar a capacidade matrimonial é preceituada de modo generico, e porisso affecta todos os estrangeiros, sejam ou não nacionaes dos estados contractantes.

---

<sup>1</sup> ROGUIN, *ob. cit.*, pag. 77.

Ainda o art. 5.º se applica em geral áquelles casamentos.

A alinea 1.ª applica-se evidentemente, pois é generico o seu preceito de que a validade formal do casamento depende da observancia da lei do país onde o casamento se effectuar.

A doutrina das alineas 2.ª e 3.ª será evidentemente seguida pelos estados não contractantes cujos nacionaes casem com subditos dos estados contractantes.

Mas ainda será applicavel aos casamentos mixtos a alinea 4.ª, que manda remetter uma copia authentica do assento de casamento ás auctoridades do país de cada um dos conjuges, de modo que os estados contractante devam enviar tal copia ao estado não contractante de que fôr subdito algum dos conjuges?

A disposição da alinea 1.ª do art. 8.º é generica e porisso parece que abrange a disposição da alinea 4.ª do art. 5.º. Demais, a transmissão das copias dos assentos de casamento tem por fim tornar conhecido o estado civil dos conjuges e os estados contractantes têm interesse em que a situação dos seus nacionaes casados com subditos de estados não contractantes seja conhecida nestes estados.

Comtudo, os estados não contractantes podem deixar de dar o devido destino aos documentos enviados pelos estados contractantes, estes difficilmente exigirão uns dos outros a transmissão dos mesmos documentos aos estados não contractantes, e porisso a alinea 4.ª do art. 5.º será praticamente pouco efficaz nas relações com estados não contractantes.

142. Pela alinea 1.ª do art. 8.º, a convenção applica-se aos casamentos mixtos, o estado não contractante de que um dos nubentes seja nacional pode auctorizar os seus agentes diplomaticos ou os seus consules a celebrar casamentos dos seus nacionaes, e dahi vem naturalmente a pergunta se a convenção tambem se applica aos casamentos diplomaticos e consu-

lares celebrados perante os agentes dum estado não contractante.

São accordes KAHN e BUZZATI em sustentar que a convenção se não applica a taes casamentos. Divergem, porém, nos fundamentos que assignalam a tal doutrina.

Segundo KAHN <sup>1</sup>, a convenção não se applica aos casamentos diplomaticos e consulares, celebrados perante agentes de estados não contractantes, porque taes casamentos devem ser celebrados em harmonia com a lei do estado a que pertence o respectivo agente e os estados signatarios podem deixar de applicar as leis de estados não contractantes.

BUZZATI <sup>2</sup> observa, com razão, que a argumentação de KAHN, se procede quando os estados signatarios não reconhecem as leis de estados não contractantes, já não procede quando estas leis sejam reconhecidas. Baseia, porisso, em outro fundamento a sua doutrina, que, no seu intender, resulta de a convenção haver introduzido novas regras e novos principios em materia de casamentos diplomaticos e consulares. Porisso que, segundo a convenção, nestes casamentos devem ser observadas não só as normas de conflictos dos estados de origem dos nubentes não nacionaes dos estados contractantes, mas ainda as leis de ordem publica do estado local resalvadas pelo art. 2.º, prescripções contrarias ao direito matrimonial diplomatico e consular geral, segundo o qual os agentes diplomaticos ou os consules, desde que o estado local consinta a sua competencia para celebrar casamentos, só tõem que attender ás normas de conflictos do seu país e não tõem que respeitar as leis de ordem publica do estado local, não podem os agentes diplomaticos e consulares de estados não contractantes cumprir taes

---

<sup>1</sup> Cit. por BUZZATI, *ob. cit.*, pag. 371.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pag. 372.

prescripções, pois não fôram acceitas pelos estados que representam, e portanto não podem celebrar casamentos diplomaticos e consulares nos termos da convenção.

Parece-nos inteiramente accetavel a justificação de BUZZATI. A convenção estabeleceu principios novos em materia de casamentos diplomaticos e consulares, esses principios só obrigam e só serão cumpridos pelos estados contractantes, e porisso só os agentes destes estados poderão celebrar casamentos diplomaticos e consulares nos termos da convenção.

143. Para determinar a esphera de applicação da convenção, resta-nos investigar se o art. 7.º será applicavel aos casamentos mixtos.

Intendemos que lhes é inteiramente applicavel, tanto na hypothese de o casamento ser nullo no estado de celebração por esta ser religiosa e tal estado considerar obrigatorio o casamento civil, como na hypothese de a nullidade provir de o casamento ser celebrado por um agente diplomatico ou consular contra a opposição do estado local.

É applicavel na primeira hypothese, pois, embora os estados contractantes se não obrigassem a applicar as leis de estados não contractantes e o art. 7.º possa conduzir a reconhecer a fôrma matrimonial prescripta por um estado não contractante, a fôrma do casamento deve tambem ser prescripta pela lei nacional do nubente que seja subdito dalgum dos estados contractantes, e, como já temos dicto, na reserva de não applicar as leis de estados não contractantes, só devem comprehender-se as leis que sejam differentes das dos estados contractantes.

E é applicavel na segunda hypothese, por identica razão. O casamento diplomatico ou consular nullo por opposição do estado da celebração, para ser valido nos outros estados, deve ser admittido pela lei nacional de cada uma das partes, e

portanto pela lei dum estado contractante. Sendo assim, ainda que, para considerar valido o casamento, tenha de ser reconhecida a lei dum estado não contractante que admitta o casamento diplomatico ou consular, isso só se dá quando haja uma lei igual em algum dos estados contractantes, e porisso a solução deve ser semelhante á da hypothese anterior.

144. Em harmonia com a 2.<sup>a</sup> alinea do art. 8.<sup>o</sup>, nenhum estado se obriga a applicar lei que não seja a dum estado contractante. Importa, para completo esclarecimento desta disposição, determinar o alcance da fórmula *se obriga a applicar*, verificando se a fórmula apenas se refere á applicação das leis dos estados não contractantes no momento da celebração do casamento, ou se tambem se refere á applicação dessas leis no momento judiciario da apreciação dum casamento já celebrado. ■

BUZZATI segue a doutrina de que, se um estado contractante applica no momento da celebração do casamento a lei dum estado não contractante, usa dum direito que lhe é reconhecido pela convenção, e de que, porisso, o casamento deve ser considerado valido em todo o territorio convencional. Os outros estados contractantes, que lhe reconheceram aquelle direito, implicitamente se obrigaram a reconhecer a validade do casamento e consequentemente os seus tribunaes não poderão pronunciar a nullidade do casamento.

Não nos parece defensavel esta doutrina. A lei applica-se tanto no momento da celebração dum acto juridico como no momento da apreciação judicial desse acto, e porisso desde que os estados se reservaram a faculdade de não applicar as leis de estados não contractantes, fizeram certamente essa reserva tanto para um como para outro momento. Em verdade, o exercicio da faculdade concedida pela alinea 2.<sup>a</sup> do art. 8.<sup>o</sup> a cada um dos estados contractantes é independente do exer-

cicio dessa faculdade pelos outros estados e porisso a circumstancia de um daquelles estados reconhecer certa lei dum estado não contractante no momento da celebração do casamento não pode involver a obrigação de os outros estados reconhecerem a validade do mesmo casamento, quondo se recusem a applicar no momento da celebração as leis applicadas pelos outros estados, aliás seriam obrigados a reconhecer indirectamente o que directamente rejeitam, o que nem é logico nem se coaduna com a egualdade juridica dos estados.

Parece-nos, pois, que aos estados contractantes cabe o direito de não considerarem validos os casamentos em cuja celebração os outros estados contractantes applicaram leis de estados não signatarios, se elles, no exercicio do seu direito, se recusarem a applicar estas leis.

145. Os restantes artigos da convenção não carecem de explicação, e porisso limitamo-nos a transcrever as suas disposições:

Art. 9.º A presente convenção, applicavel somente aos territorios europeus dos estados contractantes, será ratificada e as respectivas ratificações depositadas na Haya, logo que a maioria das Altas Partes contractantes para tanto se achem habilitadas.

Desse deposito será lavrada acta, de que, pela via diplomatica, será entregue a cada um dos estados contractantes uma copia authentica.

Art. 10.º Os estados não signatarios que estiveram representados na terceira conferencia de direito internacional privado, são admittidos a adherir pura e simplesmente á presente convenção.

O estado que desejar adherir notificará, até 31 de dezembro de 1904, inclusive, a sua intenção por documento que

ficará depositado no archivo do Governo dos Países Baixos, que delle enviará a cada um dos Estados contractantes copia authentica, pela via diplomatica.

Art. 11.º A presente convenção entrará em vigor no sexagesimo dia depois do deposito das ratificações ou da data da notificação das adhesões<sup>1</sup>.

Art. 12.º A presente convenção vigorará durante cinco annos, contados da data do deposito das ratificações.

Este prazo começará a correr desde a referida data, mesmo em relação aos estados que ulteriormente fizerem o deposito ou adherirem.

A convenção será renovada tacitamente de cinco em cinco annos, salvo denunciação.

A denunciação deverá ser notificada seis meses, pelo menos, antes de findo o prazo a que se referem as alneas precedentes, ao Governo dos Países Baixos, que della dará conhecimento a todos os demais estados contractantes.

A denunciação não produzirá effeito senão a respeito do Estado que a tiver notificado. A convenção continuará executoria com referencia aos demais estados.

---

<sup>1</sup> Supra, pagg. 57 e 58.

## SECÇÃO II

Divorcio e separação de pessoas — Convenção  
de 12 de junho de 1902<sup>1</sup>

## § I

Direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas

SUMMARY: — 146. Motivos determinantes da convenção sobre divorcio e separação de pessoas. — 147. Legislação comparada dos estados contractantes sobre o direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas. — 148. Legislação comparada dos mesmos estados sobre as causas de divorcio e de separação de pessoas. — 149. Systema seguido pela convenção para determinar o direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas: concordancia da lei nacional e da lei local. — 150. Applicaçào exclusiva da lei nacional segundo o direito dos estados contractantes. — 151. Separação de pessoas temporaria do direito portuguez, succo e suizo e sua applicação aos nacionaes em país estrangeiro e aos estrangeiros no país. Separação de pessoas do direito allemão e sua applicação nas relações dos estados contractantes. — 152. Systema da convenção acerca da determinação das causas que podem fundamentar o pedido de divorcio ou de separação. — 153. Conversão da separação em divorcio. Condições em que pode realizar-se.

146. Podem apparecer no seio da familia fortes razões de incompatibilidade entre os conjuges, que tornem impossivel a

<sup>1</sup> *Actes II*, pagg. 73 e segg. e 83 e segg.; *Actes III*, pagg. 193 e segg. e 207 e segg.; *Documents III*, pagg. 36 e segg.; ROGUIN, *ob. cit.*, pagg. 237 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 561 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, vol. III, pagg. 578 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 490 e segg.; SURVILLE E ARTHUYS, *ob. cit.*, pagg. 333 e segg.; CATELLANI, *Il diritto internazionale privato*, vol. II, pagg. 233 e segg.; FIORE, *Il diritto internazionale privato*, vol. II, n.ºs 646 e segg.

continuação da vida em *commum*, e porisso a evolução jurídica creou naturalmente instituições que viessem d'algun modo remediar as dissensões entre os conjuges.

Não seguiram, porém, as legislações a mesma linha evolutiva, divergindo as suas instituições sobre o assumpto, como divergem os seus conceitos ácerca da organização da familia. E assim, enquanto umas admittiram o *divorcio*, pelo qual se *dissolve* o casamento e *muda* o estado das pessoas, outras reconheceram a *separação de pessoas*, que apenas *suspende* a sociedade conjugal e *modifica* o estado das pessoas, *permanecendo* o vinculo matrimonial, e outras por fim consagraram simultaneamente o *divorcio* e a *separação de pessoas*, consoante a vontade dos conjuges ou consoante a natureza da causa da desharmonia conjugal.

Não ficam, porém, por aqui as divergencias das legislações. Aqui o *divorcio* ou a *separação* só são admittidos por causas determinadas; além são ainda admittidos por causas indeterminadas e, por vezes, pelo simples mutuo consenso dos conjuges; nos estados de *divorcio* e *separação*, ora as causas são as mesmas, ora são diferentes, etc. . .

Tudo isto é origem frequente de conflictos de leis, e porisso não só devia provocar a manifestação da actividade scientifica para a constituição de systemas doutrinaes destinados a resolver os mesmos conflictos, mas ainda chamar a attenção dos estados para, nas leis internas ou em convenções internacionaes, definirem regras de direito internacional privado relativas ás duas instituições do *divorcio* e da *separação de pessoas*.

As conferencias da Haya deviam pensar naturalmente sobre o assumpto, já que á sua iniciativa estava entregue o trabalho para a grande obra da uniformização do direito internacional privado, e assim foi que o regimen juridico internacional do *divorcio* e da *separação de pessoas*, já estudado em

1894<sup>1</sup>, foi definitivamente votado em 1900<sup>2</sup>, apparecendo regulado numa das convenções de 12 de julho de 1902, que já vigora nas relações da Allemanha, Belgica, França, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Suecia e Suissa, foi assignada ainda pela Austria-Hungria e pela Hespanha, que mais tarde ou mais cedo a ratificarão, e veio estabelecer um regimen de bastante larga uniformidade num ramo importante das relações internacionaes de character privado.

Iniciaremos o estudo desta convenção pela synthese comparativa das legislações dos estados contractantes sobre o direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas, bem como sobre as causas que podem motivar o pedido dum ou da outra, para o effeito de verificarmos como effectivamente os conflictos de leis devem ser frequentes e para podermos ver como a convenção deverá ser applicada em cada um dos mesmos estados contractantes.

147. Sobre a admissão do divorcio e da separação de pessoas, são as legislações dos estados contractantes informadas por quatro systemas:

a) *Admissão exclusiva do divorcio.* Este systema apparece apenas na Rumania<sup>3</sup>. Os outros estados contractantes que admittem o divorcio, admittem egualmente a separação de pessoas, ou *perpetua* ou, ao mênos, *temporaria*.

b) *Admissão exclusiva da separação de pessoas.* É o systema do direito hespanhol, italiano e portuguez<sup>4</sup>. A legislação hes-

<sup>1</sup> *Actes II*, pagg. 73 e 83.

<sup>2</sup> *Actes III*, pagg. 193, 207 e 239.

<sup>3</sup> Cod. civ., artt. 209.º e segg.

<sup>4</sup> Codd. civv., hesp., artt. 104.º e segg., it., artt. 149.º e segg., e port., artt. 1203.º e segg.

panhola e a italiana admittem simplesmente a separação perpetua, isto é, por tempo indeterminado. A legislação portuguesa, porém, embora não reconheça o direito de pedir a separação temporaria e portanto se harmonize em principio com o direito hespanhol e italiano, concede ao tribunal a faculdade de, quando julgue improcedente ou não provada a separação de pessoas e bens, auctorizar *temporariamente* a separação provisoria de pessoas, arbitrando alimentos á mulher, havendo logar a elles (cod. de proc. civil., art. 469.º).

c) *Separção de pessoas para os catholicos, e separção e divorcio para os não catholicos.* É o systema da lei austriaca. A Austria, tornando o direito matrimonial dependente em grande parte da religião dos conjuges, estabeleceu para os catholicos a indissolubilidade do casamento em harmonia com o direito canonico, ainda que só seja catholico um dos conjuges, a não ser que o conjuge catholico se tenha convertido ao catholicismo depois do casamento, e reconhecendo o divorcio para os não catholicos. Admitte, porém, a separação por tempo indeterminado tanto para catholicos como para não catholicos <sup>1</sup>.

d) *Separção e divorcio para todas as pessoas.* É o systema do maior numero dos estados contractantes, Allemanha, Belgica, França, Hollanda, Hungria, Luxemburgo, Suecia e Suissa <sup>2</sup>.

Nem todos estes estados admittem, porém, o divorcio e a separação nas mesmas condições. E assim é que: 1.º) na Allemanha, embora o conjuge, com direito a pedir o divorcio, possa pedir somente a separação de pessoas, o tribunal deverá

<sup>1</sup> Cod. civ., artt. 103.º e segg.

<sup>2</sup> Codd. civ., all., artt. 564.º e segg., belg. fr. e lux., artt. 229.º e segg., hol., artt. 255.º e segg.; lei hung. xxxi de 1894, artt. 73.º e segg.; cod. matr. suco, capp. xiii e xiv, cod. civ. suis., artt. 137.º e segg.

pronunciar o divórcio se o outro cônjuge o exigir e se a causa invocada pelo cônjuge que pede a separação fôr considerada como fundada (cod. civ., art. 1575.<sup>o</sup>); 2.<sup>o</sup> na Suecia, a separação é meramente temporaria, podendo durar apenas um anno (cod. matrimonial, cap. XIV); 3.<sup>o</sup> na Suissa, a separação pode ser ou temporaria (de 1 a 3 annos) ou por tempo indeterminado (cod. civ., artt. 137.<sup>o</sup> e segg. <sup>1</sup>); 4.<sup>o</sup> nos outros estados, a separação é por tempo indeterminado.

Além disso, se todas as legislações deste systema admittem, com excepção da sueca, a conversão da separação em divórcio, discordam na determinação dos prazos ao fim dos quaes a conversão pode ter lugar e na determinação das condições em que pode verificar-se.

Na Hungria, o prazo é de dois annos (Lei xxxi de 1894, art. 107.<sup>o</sup>), na Belgica, na França e no Luxemburgo, de tres annos (cod. civ., art. 310.<sup>o</sup>), na Hollanda de cinco annos (cod. civ., art. 255.<sup>o</sup>), na Suissa, de tres annos na separação por tempo indeterminado, e de duração igual ao da separação na separação temporaria (cod. civ., artt. 147.<sup>o</sup> e 148.<sup>o</sup>), e na Allemanha não ha prazo, podendo a conversão ser pedida a todo o tempo, a não ser que tenha sido restabelecida a vida conjugal (cod. civ., art. 1576.<sup>o</sup>).

Quanto a condições da conversão da separação em divórcio: na França e na Hungria, não se exige qualquer condição além do decurso de tempo fixado na lei; na Allemanha, é necessario que não tenha sido restabelecida a vida conjugal; na Belgica e no Luxemburgo, só pode ter lugar a conversão se a separação não tiver sido praticada por adultério e só pode

---

<sup>1</sup> Pela lei federal de 24 de dezembro de 1874, art. 47.<sup>o</sup>, que vigorará até ao 1.<sup>o</sup> de janeiro de 1912, a separação é meramente temporaria, podendo ir apenas até dois annos.

ser pedida pelo conjuge originariamente reu; e, na Suissa, a conversão só pode ser pedida pelo conjuge que tenha dado causa á separação se o outro conjuge se recusar voltar á vida commum.

Estas leves referencias ás legislações dos estados contractantes já mostram como hão de ser frequentes os conflictos e como são necessarias normas de direito internacional privado para os resolver. Mas a necessidade destas normas melhor se revela ainda com a referencia ás causas do divorcio ou da separação nos diversos países.

148. Seguindo a ordem que adoptamos na seriação dos estados contractantes quanto á admissão do divorcio e da separação de pessoas, vamos determinar as causas por que os mesmos estados admittem uma ou outra instituição.

a) A Rumania admittre o divorcio por motivo de: 1.º adulterio; 2.º excessos, sevicias ou injurias graves; 3.º condemnação a trabalhos forçados ou a reclusão; 4.º consentimento mutuo e perseverante dos conjuges manifestado pela fórmula estabelecida na lei; 5.º attentado contra a vida do outro conjuge ou encobrimento do attentado.

b) No grupo de estados que apenas admittem a separação de pessoas reconhecem-na: — a Hespanha nos casos de 1.º adulterio da mulher, ou adulterio do marido com escandalo publico ou desprezo da mulher; 2.º maus tractos ou injurias graves; 3.º violencia exercida pelo marido sobre a mulher para a obrigar a mudar de religião; 4.º proposta de prostituição, feita pelo marido á mulher; 5.º tentativa do marido ou da mulher para corromper os filhos ou prostituir as filhas, e a connivencia na sua corrupção ou prostituição; 6.º condemnação a cadeia ou reclusão perpetua; — a Italia, nos casos de 1.º adulterio da mulher, e adulterio do marido quando ou tenha concubina quer no domicilio conjugal quer notoriamente

noutro logar ou concorram circumstancias que façam com que o facto represente uma injuria para a mulher; 2.º) abandono voluntario; 3.º) excessos, sevicias, ameaças ou injurias graves; 4.º) condemnação a uma pena infamante, se a condemnação fôr posterior ao casamento; 5.º) não estabelecer o marido residencia fixa ou não a estabelecer em harmonia com a sua condição; 6.º) mutuo consenso dos conjuges; — e Portugal, nos casos de 1.º) adulterio da mulher; 2.º) adulterio do marido com escandalo publico, ou com completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal; 3.º) sevicias e injurias graves.

c) Na Austria — a separação pode realizar-se ou por mutuo consenso ou por 1.º) adulterio, 2.º) crime commettido por um dos conjuges, 3.º) abandono voluntario, 4.º) excessos, sevicias ou injurias graves, 5.º) delapidação da fortuna do seu conjuje; 6.º) doença inveterada e contagiosa; — e o divorcio pode ter logar entre não catholicos quer por mutuo consenso quer por 1.º) adulterio, 2.º) condemnação á pena de prisão por cinco annos, 3.º) abandono, 4.º) excessos, sevicias e injurias graves, 5.º) aversão invencivel. Comtudo, o divorcio entre judeus só pode ter logar ou por mutuo consenso ou por adulterio da mulher.

d) A Allemanha admite o divorcio e a separação por: 1.º) adulterio, bigamia, ou perversão sexual punida pelo codigo penal (o conjuje offendido perde comtudo o direito ao divorcio se consente no adulterio ou no acto punivel ou se se torna cúmplice do outro conjuje); 2.º) attentado contra a vida do outro conjuje; 3.º) abandono malicioso; 4.º) violação grave dos deveres impostos pelo casamento ou conducta deshonrosa e immoral que perturbe profundamente as relações conjugaes; 5.º) doença mental que tenha durado tres annos e tenha adquirido um grau tal que faça cessar sem esperanza de a restabelecer a communhão de vida intellectual entre os conjuges.

e) A Belgica admite o divorcio e a separação por: 1.º) adul-

terio da mulher; 2.º) adultério do marido com concubina no domicilio conjugal; 3.º) excessos, sevícias ou injurias graves; 4.º) condemnação a uma pena infamante. Além disso, ainda reconhece o divorcio por mutuo consenso dos conjuges, se o marido tiver mais de 25 annos e a mulher mais de 20, se o casamento tiver durado mais de dois annos e menos de vinte, e se a mulher tiver menos de 45 annos.

f) A França reconhece o divorcio e a separação por: 1.º) adultério; 2.º) excessos, sevícias ou injurias graves; 3.º) condemnação a uma pena afflictiva ou infamante.

g) A Hollanda admite o divorcio e a separação por: 1.º) adultério; 2.º) abandono malicioso durante, pelo menos, cinco annos; 3.º) condemnação, durante o casamento, a prisão por quatro annos ou mais; 4.º) excessos e sevícias, quando ponham em perigo a vida do outro conjuge ou produzam ferimentos graves. Além disso, admite a separação por mutuo consenso.

h) A Hungria admite o divorcio e a separação por: 1.º) adultério, acto impudico contra a natureza, ou realisação dum segundo casamento sabendo que o primeiro subsistia; 2.º) abandono intencional e não justificado; 3.º) attentado contra a vida do conjuge ou maus tratos que ponham em perigo a sua vida ou a sua saude; 4.º) condemnação, depois do casamento, ou á morte ou a cinco annos ou mais de trabalhos forçados ou de reclusão (não ha logar ao divorcio se o conjuge innocente sabia do crime antes do casamento); 5.º) falta grave e intencional ás obrigações resultantes do casamento; 6.º) o arrastar ou tentar arrastar menores, pertencentes á familia do outro conjuge, a commetter um acto punivel ou a viver vida dissoluta; 7.º) obstinação em levar vida dissoluta; 8.º) condemnação, depois do casamento, a reclusão por menos de cinco annos ou a prisão por delicto de cubiça. É de notar, comtudo, que, nos casos dos n.ºs 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, só será pronunciado o divorcio ou a separação de pessoas, se o juiz,

attendendo á pessoa dos esposos e ás suas condições de vida, se convencer de que alguma das razões apontadas fez quebrar por tal fôrma a união conjugal, que a continuação da vida em *commum* se tornou intoleravel.

i) A legislação do Luxemburgo é igual á da França.

j) A Suecia admite o divorcio por: 1.º adulterio; 2.º abandono malicioso; 3.º condemnação a detenção perpetua; 4.º condemnação por attentado contra a vida do conjuge; 5.º doença mental incuravel durante, pelo menos, tres annos, se o conjuge auctor a não tiver provocado ou aggravado pela sua conducta. Além disso, pode o rei, por meio de dispensa, pronunciar o divorcio por *outras causas* além das mencionadas. A separação temporaria por um anno pode ser pronunciada pelo juiz por qualquer causa de discordia entre marido e mulher, que não se apazigue por admoestação do respectivo pastor ou com a pena de multa imposta pelo juiz.

k) O codigo civil suiso admite o divorcio e a separação por: 1.º adulterio; 2.º attentado contra a vida, sevicias e injurias graves; 3.º delicto infamante ou conducta deshonesta que torne insupportavel a vida em *commum*; 4.º abandono malicioso durante, pelo menos, dois annos; 5.º doença mental de tres annos ou mais, sendo incuravel e tornando insupportavel a vida em *commum*; 6.º *causas indeterminadas* (É, porém necessario que a causa invocada tenha gravidade bastante para tornar insupportavel a vida em *commum*). O interessado pode pedir o divorcio ou a separação de pessoas. Se pede a separação, o juiz pode pronunciar a separação temporaria ou perpetua. Se pede, porém, o divorcio, pode o juiz pronunciar o divorcio, ou a separação se a reconciliação dos conjuges parece provavel <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vide supra, pag. 568, nota 2.

A comparação das legislações dos estados contractantes sobre causas do divórcio e da separação permite certas generalizações, como relativamente á determinação ou indeterminação daquellas causas ou relativamente á admissão ou não admissão do divórcio ou da separação por mutuo consenso. E assim é que: o *systema da determinação* é seguido por todos os estados menos pela Suecia e pela Suissa, que, embora determinam algumas causas, reconhecem o divórcio ou a separação por causas indeterminadas e porisso seguem fundamentalmente o *systema da indeterminação*; o *mutuo consenso* é reconhecido pela Belgica e pelo Luxemburgo quanto ao divórcio, e pela Austria, pela Italia e pela Hollanda, relativamente á separação, sendo desconhecido por todos os outros estados a respeito tanto do divórcio como da separação de pessoas.

Outras generalizações se poderiam ainda fazer ácerca dalgumas causas de divórcio ou de separação, mas sem proveito da clareza e da utilidade pratica, e porisso preferimos indicar singularmente cada uma das legislações.

149. Diante da divergencia das legislações a respeito do reconhecimento do divórcio e da separação formulou a convenção o seu systema de resolução dos conflictos nos termos seguintes:

*Os conjuges não poderão intentar acção de divórcio senão quando a sua lei nacional e a lei do logar em que a acção fôr intentada admittirem ambas o divórcio.*

*Esta disposição é extensiva á separação de pessoas (art. 1.º).*

O principio geral da convenção é, pois, — o divórcio e a separação de pessoas só são permittidos quando reconhecidos simultaneamente pela lei nacional dos conjuges e pela lei do estado local. E assim é que um portuguez não poderá divorciar-se na França nem um francês divorciar-se em Portugal, pois, quanto ao portuguez, não existe o divórcio na sua lei

nacional, e, quanto ao francês, não existe o divórcio no estado local. Da mesma forma, não poderá, em face do art. 1.º da convenção, um rumeno requerer a separação de pessoas em Portugal, pois, embora a separação seja reconhecida pela lei local, não a reconhece a lei nacional.

Seguiram assim as conferencias o *systema da concordancia* lei nacional, como lei reguladora do estado da capacidade, e da lei local, como lei de ordem publica. Os fundamentos do *systema* são expostos pelas commissões de 1894 e de 1900.

A commissão de 1894, que, quanto ao divórcio, exigia a concordancia da lei nacional e da lei local, mas, quanto á separação, estabelecia que esta podia ter logar quando fôsse admitida pela lei nacional e pela lei local e quando a lei nacional não admittisse senão o divórcio e a lei local não admittisse senão a separação, justificava a concordancia relativamente ao divórcio nestes termos;

«Partimos da ideia de que a lei nacional dos conjuges, assim como regula a formação do casamento e as suas condições de validade, tambem deve reger a sua dissolução. A questão de saber se o laço conjugal pode ser quebrado pelo divórcio ou somente afrouxado pela separação de pessoas, diz respeito ao estado e capacidade das pessoas, e entra consequentemente no estatuto pessoal que, segundo a opinião da grande maioria da conferencia, depende da lei nacional. . . Não se pode impôr a um país cuja legislação não reconhece o divórcio que consinta que os seus tribunaes o pronunciem entre estrangeiros em conformidade da sua legislação. Neste sentido, pode dizer-se que a disposição que prohibe o divórcio é de ordem publica absoluta, e a jurisprudencia dos diversos países onde só é reconhecida a separação de pessoas é geralmente no mesmo sentido. Não pretendemos, porém, dizer que um país não possa permittir aos seus tribunaes que attendam simplesmente á lei nacional; dizemos apenas que não é de modo algum

obrigado a fazê-lo e accrescentamos que, verosimilmente, o não fará»<sup>1</sup>.

A commissão de 1900 exigiu a concordancia tanto para o divorcio como para a separação, motivando a sua divergencia da commissão de 1894 do modo seguinte: «A conferencia de 1894 julgara encontrar, com uma disposição um pouco arbitraria, como é forçoso reconhecer, uma solução accetavel para uma situação embaraçosa. Dois conjuges cuja lei nacional só admittie o divorcio estabeleceram-se num país que só reconhece a separação de pessoas. A vida *commun* tornou-se impossivel. Como pôr-lhe fim? A separação parecera um meio possivel. Esta solução não resistiu a um novo exame e facilmente foi admittido, por grande maioria e sobre proposta do governo hollandês, que ella fosse posta de parte. Tal solução é, em primeiro lugar, contraria á ideia fundamentalde que a lei nacional é naturalmente competente nesta materia. Depois, tem como resultado estabelecer entre os esposos uma situação que não é admittida pela lei nacional e que não será reconhecida por ella, pois é um erro, resultante dum modo de ver superficial, crer que o legislador que admittie o divorcio deve admittir a separação de pessoas, porque o mais comprehende o menos. Num país onde existem ao mesmo tempo o divorcio e a separação de pessoas, é isto verdade dum modo geral. Não acontece, porém, o mesmo quanto a um país onde só existe o divorcio. A separação de pessoas não é ahi considerada como sendo *menos* que o divorcio, mas como sendo *outra coisa*. Neste país, o legislador, com razão ou sem ella, pensou que não havia senão um meio para fazer cessar a vida em *commun*. Afasta qualquer outro meio, quer no seu territorio relativamente a todas as pessoas, quer no estrangeiro relativamente aos seus

---

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 84.

nacionaes, no sentido de que não reconhecerá uma separação pronunciada entre elles em conformidade da *lex fori*. Sendo assim, porque permittir aos tribunaes do domicilio que possam pronunciá-la? Em tal caso, os conjuges que pretenderem fazer cessar a vida em commum só podem recorrer á jurisdicção nacional»<sup>1</sup>.

Fica assim patente que a conferencia de 1900 exigiu que o divorcio e a separação de pessoas fossem admittidos ao mesmo tempo pela lei nacional e pela lei local por considerarem as duas instituições relacionadas com o estado e capacidade das pessoas e com as leis de ordem publica do estado local, e intender que não devia preponderar nem a lei pessoal por maneira a poderem divorciar-se ou separar-se num país, que não admitte o divorcio ou a separação de pessoas, individuos nacionaes dum estado que admitta uma ou outra daquellas instituições, nem a lei local de modo a reconhecer-se a faculdade de pedir o divorcio ou a separação de pessoas a quem não tenha essa faculdade segundo a sua lei nacional.

Seguindo este caminho, admittiu a conferencia a mutua influencia da lei pessoal e das leis de ordem publica, e rejeitando tanto o *sys'ema da personalidade*, segundo o qual o divorcio ou a separação devem ser sempre permittidos quando reconhecidos pela lei pessoal, como o *systema da territorialidade*, pelo qual a faculdade de pedir o divorcio ou a separação é de ordem publica, no sentido de que o estado estabelece uma ou outra instituição por motivos de interesse geral e moral social e porisso devem ser permittidas tanto a nacionaes como a estrangeiros, independentemente de a lei pessoal destes reconhecer ou não qualquer das instituições.

Creemos que foi a melhor a solução adoptada. O divorcio

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 207.

muda e a separação modifica o estado das pessoas e porisso relacionam-se evidentemente com a lei pessoal como lei reguladora do estado e da capacidade. Mas, por outro lado, o divorcio e a separação, como meios de dissolver ou suspender a sociedade conjugal, prendem-se com a organização da familia e relacionam-se com o interesse geral do estado, ao qual não pode ser indifferente o modo por que a familia, elemento fundamental da organização social, se fórma, modifica e dissolve, a sua prohibição pode ser, e é egualmente, considerada de ordem publica, e porisso deve impôr-se tanto a nacionaes como a estrangeiros. Sendo assim, o unico systema capaz de conciliar os interesses legitimos do estado de origem e do estado local é aquelle que exige que a faculdade de pedir o divorcio ou a separação seja estabelecida pela lei nacional e que egualmente exige que o exercicio dessa faculdade seja permittido pelo estado local. É o systema da convenção.

E que o systema da convenção é afinal que a faculdade de pedir o divorcio ou separação seja permittida pela lei nacional e que o exercicio dessa faculdade seja permittido pelo estado local, mostra-o o art. 3.º assim redigido :

*«Sem embargo das disposições dos artt. 1.º e 2.º, somente será applicada a lei nacional, se assim prescrever ou o permittir a lei do logar onde a acção fôr intentada».*

Este artigo, combinado com o art. 1.º, traduz o verdadeiro pensamento da convenção. O artigo 1.º estabeleceu a regra geral da concordancia da lei nacional e da lei local, pela simples razão de que, sendo a prohibição do divorcio geralmente considerada de ordem publica, a convenção devia formullar uma disposição que correspondesse ao espirito geral do direito dos estados contractantes.

Se, porém, o estado local intender que a faculdade de pedir o divorcio ou a separação de pessoas *deve* ou *pode* ser regulada exclusivamente pela lei nacional, será esta a lei unicamente

applicada. O estado local é o unico juiz do interesse da ordem publica, pode porisso permittir o divorcio ou a separação de pessoas a estrangeiros mesmo quando não reconheça algumas instituições relativamente aos nacionaes, pode até ordenar que aos estrangeiros se applique em tal materia exclusivamente a sua lei nacional, e, então, ainda prevalece o systema da concordancia, mas sob a fórmula menos rigorosa que o systema pode revestir. A fórmula mais rigorosa seria que o divorcio e a separação fôsem reconhecidos pela lei nacional, e admittidos pela lei local tanto para nacionaes como para estrangeiros. A fórmula menos rigorosa, que é a da convenção, consiste em o divorcio ou a separação serem reconhecidos pela lei nacional e serem permittidos pela lei local relativamente a estrangeiros, ainda que o não sejam relativamente aos nacionaes.

O systema da convenção poderá pois conduzir aos mesmos resultados que o systema da personalidade, se o estado local não considerar o divorcio e a separação como instituições de ordem publica e permittir ou prescrever que sejam regulados pela lei nacional.

O que a convenção não permite nunca é que se applique exclusivamente a lei local e que o seu systema possa converter-se no systema da territorialidade.

150. Conhecido o justo principio admittido pela convenção e pelo qual o divorcio e a separação de pessoas podem ser regulados exclusivamente pela lei nacional se a lei local o permittir ou o prescrever, importa determinar a applicação que o mesmo principio pode ter nos estados contractantes.

A questão apenas tem importancia relativamente aos estados que admittem só o divorcio ou só a separação de pessoas quanto a estrangeiros pertencentes a estados que admittem instituições differentes das reconhecidas no estado local. E assim a questão pode apparecer na Rumania, que só admitte

o divorcio, e relativamente á qual pode perguntar-se se ahi poderão separar-se nacionaes dum país que reconhece a separação, como, por exemplo, Portugal; e pode apparecer egualmente na Hespanha, na Italia e em Portugal, que só reconhecem a separação e relativamente aos quaes pode perguntar-se se ahi podem divorciar-se estrangeiros percenentes a um país cuja lei reconhece o divorcio, como, por exemplo, a lei franceza.

É doutrina geralmente seguida que a prohibição do divorcio e da separação de pessoas é de ordem publica, e porisso é de presumir que um estado, que só admittie o divorcio, não permita a separação entre estrangeiros, e que um estado, que só admittie a separação, egualmente não permite o divorcio entre estrangeiros.

E isto acontecerá em geral nos estados contractantes. Na Rumania, discute-se se aos estrangeiros podem ser permittida a separação de pessoas, mas a solução negativa é a mais acreditada e porisso não é provavel que tenha applicação naquelle país o art. 3.<sup>o</sup> da convenção<sup>1</sup>. Na Hespanha e em Portugal, não conhecemos exemplo algum de haver sido requerido divorcio por estrangeiros e, dado o conceito corrente de que a indissolubilidade do matrimonio é um principio de ordem publica e de que, conseguintemente, o divorcio é contrario ao direito publico dos dois países, é legitima a supposição de que tambem nestes países não tenha applicação aquelle preceito da convenção. Na Italia, a questão é duvidosa. Antes da convenção, embora a doutrina se pronunciasse preponderantemente no sentido de não admittir o divorcio entre estrangeiros, a jurisprudencia dividia-se, ora admittindo ora recusando o divorcio<sup>2</sup>. É porisso natural que, depois da convenção, nos

<sup>1</sup> ROGUIN, *ob. cit.*, pag. 260.

<sup>2</sup> BUZZATI, *Le leggi e le sentenze straniere di divorzio di fronte al diritto positivo italiano*, pag. 13.

tribunaes italianos continue a haver uma corrente de jurisprudencia no sentido de admittir o divorcio, e pode ser mesmo que essa corrente se accentue, já que aquelles tribunaes têm de dar execução ás sentenças de divorcio proferidas no estrangeiro, em harmonia com o art. 7.º da convenção.

De modo que, relativamente á admissão, em geral, dos estrangeiros a pedir a separação num estado que não a admitte, não terá applicação alguma o art. 3.º da convenção e, relativamente á permissão do divorcio, só na Italia, e mesmo ahi de modo incerto, aquelle artigo se poderá applicar.

151. Como vimos, em Portugal, na Suecia e na Suissa, ha, a par com o divorcio ou com a separação de pessoas por tempo indeterminado, a separação temporaria dos conjuges, e porisso importa averiguar se e em que termos os cidadãos daquelles estados podem separar-se temporariamente em países estrangeiros, bem como se e em que termos os estrangeiros podem separar-se temporariamente naquelles estados.

Em Portugal, a separação temporaria não representa uma instituição independente, pois só pode apparecer quando seja requerida a separação de pessoas por tempo indeterminado e quando esta separação não seja concedida (cod. de proc. civ., art. 469.º). Isto é, trata-se duma separação temporaria provocada por um pedido de separação indefinida e concedida por causas indeterminadas.

Poderão os portuguezes obter em país estrangeiro esta fórma de separação? Não conhecemos instituição semelhante nos estados contractantes e, como o art. 1.º da convenção exige a concordancia da lei nacional com a lei local para aos estrangeiros ser permittida a separação, exigencia que abrange certamente a concordancia das duas legislações relativamente tanto ao reconhecimento da separação como ao reconhecimento das suas fórmas, não poderá a separação temporaria do direito

português aproveitar aos portugueses em país estrangeiro, a não ser por applicação do art. 3.º da convenção, applicação que aliás é muito problematica, pois não só o regimen da separação é em geral considerado de ordem publica, mas ainda os tribunaes estrangeiros teriam difficuldade em auctorizar uma separação completamente arbitraria nas suas causas e na sua duração. Em todo o caso, poderá por ventura a separação temporaria do direito português aproveitar aos portugueses na Italia, em harmonia com a corrente da jurisprudencia que permite o divorcio aos estrangeiros, já que a permissão daquella separação parece menos grave que a permissão do divorcio, e deverá egualmente aproveitar-lhes na Suissa, em face da alinea 7.ª i do art. 61.º do titulo final do código civil, onde se dispõe: «A lei que rege o divorcio (lei nacional) applica-se egualmente á separação de pessoas e a *qualquer instituição equivalente do direito estrangeiro*».

Tambem a mesma fórma de separação se não poderá applicar em Portugal aos nacionaes dos estados contractantes, pois, não existindo na legislação desses estados, não podem os tribunaes portugueses concedê-la a estrangeiros, por a isso se oppôr o art. 1.º da convenção.

A separação por um anno da legislação sueca tambem não poderá aproveitar aos suecos em país estrangeiro, nem aproveitar aos estrangeiros na Suecia. Não poderá aproveitar aos primeiros: 1.º) porque nenhum dos estados contractantes reconhece a separação temporaria por um anno como instituição independente; 2.º) porque semelhante separação deve ser precedida de admoestação do respectivo pastor aos conjuges e de applicação de multas pelo tribunal ecclesiastico, procedimento que nenhum outro estado contractante regula ou permite. E não poderá aproveitar aos segundos, por não existir na legislação do seu país uma fórma de separação com esses caracteres.

O código civil suiço permite pedir pelas mesmas causas o

divorcio ou a separação e permite ao juiz, quando seja pedido a separação ou, sendo pedido o divorcio, pareça provavel a reconciliação dos conjuges, pronunciar a separação temporaria de um a tres annos ou a separação por tempo indeterminado. Não é reconhecida a separação temporaria nestes termos por nenhum dos estados contractantes, e porisso, nem os estrangeiros a poderão obter na Suissa, nem os suissos a poderão obter em país estrangeiro, a não ser talvez na Italia por virtude do art. 3.º da convenção, e a não ser na Allemanha, onde, como vamos ver, os estrangeiros, cuja lei nacional admittie o divorcio, podem obter a separação em harmonia com a sua lei nacional.

Ao lado da separação temporaria do direito portuguez, sueco e suizo, convem considerar a separação do direito allemão.

Segundo os artt. 1575.º e 1576.º do codigo civil allemão, o conjuge que tem o direito de pedir o divorcio, pode pedir a separação de pessoas, mas, se o outro conjuge exige o divorcio, o tribunal já não pode auctorizar a separação, sendo obrigado a decretar o divorcio, e, se a separação é decretada, pode qualquer dos conjuges requerer a todo o tempo o divorcio.

Em face destas disposições, é evidente que os allemães não podem pedir a separação de pessoas nos países que não permitem o divorcio e que os estrangeiros cuja lei nacional não reconhece o divorcio não podem separar-se na Allemanha, visto a separação do direito allemão só ser concedida a quem tem o direito de pedir o divorcio.

Poderão, porém, os allemães pedir a separação nos países que admittam o divorcio, e poderão separar-se na Allemanha os nacionaes daquelles países?

Segundo se diz no relatorio da commissão de 1900, o delegado da Allemanha Kriege fez, no seio da commissão, a seguinte declaração: «A legislação allemã não reconhece senão o divorcio e porisso não podem os allemães obter a separação em país estrangeiro. Ha apenas a cessação provisoria da vida

commun (cod. civ. artt. 1575.º e 1576.º e lei de introdução, art. 17.º, alinea 4.ª), que se distingue da separação de pessoas em que não pode ser pronunciada nem mantida senão com o consentimento de ambos os conjuges e em que não tem nenhuma duração determinada, ao passo que a separação de pessoas pode ser obtida por um dos conjuges contra a vontade do outro e dura ou por tempo determinado ou indefinidamente. Esta cessação da vida commun não pode ser ordenada senão nos casos em que é possível o divorcio e conseguintemente não é concedida aos estrangeiros cuja lei nacional não admite o divorcio. Quanto aos estrangeiros cuja lei nacional admite o divorcio, parece que o beneficio desta instituição lhes não deve ser recusado»<sup>1</sup>. Deve acrescentar-se que o governo allemão, interrogado pelo conselho federal suíço sobre se a legislação allemão reconhecia a separação, respondeu nestes termos: «A separação de pessoas não é admittida na Allemanha. A cessação da communidade conjugal (cod. civ., artt. 1575.º, 1576.º 1586.º e 1587.º) não é considerada como separação de pessoas»<sup>2</sup>.

A instituição reconhecida pelos artt. 1575.º e 1576.º do codigo civil allemão tem effectivamente uma physionomia propria que a destaca da separação reconhecida pelas outras legislações. Só pode ser pronunciada se o reu não exige o divorcio, e pode a todo o tempo converter-se em divorcio, ao passo que a separação regulada pelas outras legislações, quando pedida por um conjuge, não pode ser inutilizada pelo outro e, nos países que admittem a conversão da separação em divorcio, a conversão só pode ser pedida depois de decorrido certo numero de annos.

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 208.

<sup>2</sup> *Rev. dr. int. priv. e dr. pr. int.*, 1908, pag. 533.

Esta differença de organização entre a instituição allemã e a separação como ella é geralmente regulada obsta, em principio, a que tal instituição possa aproveitar aos allemães em países estrangeiros que, a par com o divorcio, admittem a separação de pessoas, pois, segundo as leis destes países, a separação pedida tem de ser julgada como tal, não podendo ser convertida em divorcio no decorrer do processo, nem mesmo o podendo ser antes que decorra certo tempo posteriormente á sentença, o que tudo pode acontecer segundo a lei allemã, não havendo porisso a concordancia entre a lei nacional e a lei local exigida pelo art. 1.º da convenção.

Comtudo, não obstante as declarações em contrario do delegado e governo allemães, a separação do direito allemão poderá aproveitar aos allemães nos países que, em harmonia com o art. 3.º da convenção, permittam ou prescrevam que o divorcio e a separação de pessoas entre estrangeiros sejam regulados exclusivamente pela sua lei nacional. Isso poderá acontecer na Italia e acontecerá certamente na Suissa nos termos já indicados. Uma corrente da jurisprudencia italiana e a lei suissa parecem ter tirado ás disposições relativas ao divorcio e á separação o character de leis de ordem publica e, segundo tal conceito, deverá applicar-se aos estrangeiros a sua lei nacional.

Não, poderá, porém, a separação do direito allemão, apesar do que disse KRIEGE na terceira conferencia, aproveitar aos estrangeiros na Allemanha, aliás teria de reconhecer-se ao reu o direito de converter em pedido de divorcio o pedido de separação e teria de supprimir-se o lapso de tempo necessario depois da separação para a sua conversão em divorcio, o que tudo seria contrario á sua lei nacional.

Como intender, todavia, a alinea 4.ª do art. 17.º da lei de introdução do codigo civil allemão, onde se diz: «Não se pode pronunciar o divorcio ou a separação no territorio do Imperio em virtude de leis estrangeiras se não quando o divorcio seja

admittido pelas duas leis ao mesmo tempo» ? Afigura-se-nos que deverá intender-se no sentido de que os estrangeiros pertencentes a um país que admitta o divorcio e a separação podem separar-se na Allemanha em harmonia com a sua legislação, desde que haja uma causa de divorcio segundo esta legislação e segundo as leis allemãs.

152. Depois de determinar, dum modo geral, quando é reconhecido aos estrangeiros o direito de divorcio ou de separação de pessoas, estabelece a convenção as condições em que esse direito pode ser exercido, nos seguintes termos:

*«O divorcio não poderá ser requerido senão quando, no caso de que se tratar, fôr admittido a um tempo, posto que por causas differentes, pela lei nacional dos conjuges e pela lei do logar em que a acção fôr intentada».*

*Esta disposição é extensiva á separação de pessoas. (Art. 3.º).*

Dada a divergencia das legislações dos estados contractantes na determinação das causas de divorcio ou de separação de pessoas, precisava a convenção de formular uma regra de conflictos sobre o assumpto.

O systema seguido é um pouco differente do systema adoptado para determinar o direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas.

Para a existencia deste direito exige-se que o divorcio ou a separação sejam em principio admittidos pela lei nacional e pela lei local.

Para o exercicio do mesmo direito, basta que haja uma causa de divorcio ou de separação tanto pela lei nacional como pela lei local, ainda que essas causas sejam differentes.

A comissão de 1900 delinea o systema desta fórmula: «Eis o que pode acontecer: uma mulher tem duas causas de divorcio, uma é admittida pela lei nacional e não pela *lex fori*, a outra é admittida pela *lex fori* e não pela lei nacional. . .

No caso previsto, o divórcio é admittido ao mesmo tempo pelas duas legislações, ainda que não seja pela mesma causa. Isto basta para satisfazer o principio dirigente que estabelecemos»<sup>1</sup>.

Afastou assim a convenção os systemas de determinação das causas do divórcio ou da separação ou só pela lei nacional, ou só pela lei local, ou pela concordancia da lei nacional com a lei local por maneira que o pedido de divórcio ou de separação só fosse attendido quando fundado numa causa admittida ao mesmo tempo pela lei nacional e pela lei local. Este ultimo systema era o votado pela conferencia de 1894 e o do projecto de programma da conferencia de 1900.

Procedeu bem a conferencia em pôr de lado o primeiro e o segundo systema. É tão intima a relação entre o divórcio ou a separação e as causas da sua admissão, que as razões que militam contra os systemas puros da personalidade ou da territorialidade, quanto ao reconhecimento aos estrangeiros do direito de divórcio ou de separação, igualmente militam contra esses systemas para a determinação das causas de divórcio ou de separação.

Já nos não parece, porém, logico o procedimento da convenção emquanto afastou o terceiro systema, para consagrar o que se contem no art. 2.º Se o divórcio e a separação são instituições que se relacionam com a lei pessoal, como lei de capacidade, e com a lei local, como lei de ordem publica, só é logico o systema que exige a concordancia das duas leis na admissão da causa que pode baseiar o pedido de divórcio. O expediente da convenção, embora habil e tendente a favorecer o divórcio ou a separação, não deixa de attentar contra a lei nacional, legitimando divórcios ou separações que aquella lei não reconhece.

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 209.

O systema da concordancia da lei nacional com a lei local no reconhecimento do divorcio ou da separação no caso de que se tratar, embora por causas differentes, pode converter-se no systema da personalidade, se a lei local prescrever ou permittir que se applique exclusivamente a lei nacional para determinar as causas do divorcio ou da separação de pessoas, nos termos do art. 3.º da convenção.

O systema da personalidade foi claramente formulado pelo codigo civil suizo, que, nas alneas 7 *h* e 7 *i* do art. 61.º do titulo final, dispõe que os estrangeiros que habitam a Suissa tẽem o direito de pedir o divorcio ou a separação, desde que provem que a lei ou a jurisprudencia do seu país de origem admittem a causa de divorcio ou de separação que fôr invocada. E é natural que esta doutrina seja seguida mesmo antes de o codigo entrar em vigor, pois o mesmo codigo veio mostrar que o legislador suizo não considera de ordem publica a determinação das causas de divorcio.

O mesmo systema será por certo ainda seguido na Italia relativamente á separação de pessoas, pelo menos nos mesmos termos em que o fôr relativamente á admissão do divorcio entre estrangeiros, pois, desde que se admitta que os estrangeiros podem divorciar-se na Italia, embora o divorcio não seja admittido pelas leis italianas, é logico que se admitta tambem que os estrangeiros possam separar-se por causas que a lei italiana não especifica, tanto mais que esta lei admite a separação por mutuo consenso dos conjuges.

Nos demais estados, dado o conceito corrente de que o reconhecimento do divorcio ou da separação e a determinação das suas causas são de ordem publica, exigir-se-á certamente a concordancia da lei nacional e da lei local nos termos em que a convenção a estabelece. Expressas apenas são, porém, a lei de introducção do codigo civil allemão (art. 17.º, alinea 4.ª) e a lei sueca de 1904 (cap. III, art. 3.º), que

exigem a concordancia da lei nacional e da lei local para a procedencia do pedido de divorcio (ou de separação na Allemanha).

Ou as causas de divorcio ou de separação se determinem pela applicação simultanea da lei nacional e da lei local, em harmonia com o art. 2.<sup>o</sup> da convenção, ou se determinem pela applicação exclusiva da lei nacional, segundo o art. 3.<sup>o</sup>, terá de observar-se a regra do art. 4.<sup>o</sup> da convenção assim formulado :

*«A lei nacional indicada pelos artigos precedentes não poderá ser invocada para dar o character de causa de divorcio ou de separação de pessoas a um facto occorrido quando ambos os conjuges, ou algum delles, pertenciam a outra nacionalidade.»*

«A origem desta disposição, diz a commissão de 1900, foi uma emenda do governo allemão em harmonia com o art. 17.<sup>o</sup>, alinea 2.<sup>a</sup>, da lei de introducção do novo codigo civil. Eis a hypothese: dois conjuges são franceses e depois tornam-se allemães. Enquanto eram franceses, produziu-se um facto que não podia originar o divorcio segundo a lei franceza, mas que é uma causa de divorcio segundo a lei allemã. A nova lei nacional não pode dar a um facto, retroactivamente, um character que elle não tinha quando se produziu. Esta regra afasta certas fraudes a que poderia dar logar a mudança de nacionalidade. É conforme ao art. 115.<sup>o</sup> da lei hungara xxxi de 1894»<sup>1</sup>.

O preceito do art. 4.<sup>o</sup> da convenção, além de derivar logicamente do principio de que o divorcio e a separação devem ser admittidos pela lei nacional, pois, na hypothese ahi prevista, a lei nacional dos conjuges, ao tempo em que o facto se produz, não reconhece o divorcio, evita a fraude de os con-

---

<sup>1</sup> Actes III, pag. 209.

juges mudarem de nacionalidade para o effeito de obterem o divorcio ou a separação por um motivo que não é reconhecido pela sua lei nacional.

153. Segundo a legislação belga, franceza, hollandesa, hungara, luxemburguesa e Suissa, pode a separação de pessoas ser convertida em divorcio ao fim dum certo numero de annos<sup>1</sup>. Daqui a necessidade de investigar: 1.º) quem pode pedir a conversão; 2.º) se pode ser convertida em divorcio a separação pronunciada pelos tribunaes dum país que não admittre o divorcio; 3.º) qual o prazo depois do qual e as condições em que pode ser pedida, se houver divergencia entre a lei nacional e a lei local.

1.º) A conversão da separação em divorcio só pode evidentemente ser concedida a quem tiver o direito de pedir o divorcio segundo a sua lei nacional, só pode ser pedida ou num estado que tambem admitta o divorcio ou que, em harmonia com o art. 3.º da convenção, permitta ou mande applicar exclusivamente a lei nacional. É a doutrina que deriva do art. 1.º da convenção, que exige a concordancia da lei nacional com a lei local para o reconhecimento do direito de divorcio.

2.º) Os nacionaes dum estado que admittre a separação e o divorcio podem separar-se num estado que só admittre a separação de pessoas, e dahi nasce naturalmente a questão se a separação pronunciada neste estado pode ser convertida em divorcio no estado de origem ou em terceiros estados. Parece-nos verdadeira a solução affirmativa, desde que seja reconhecida a competencia dos tribunaes estrangeiros para pronunciar a separação. Reconhecida esta competencia, a separação

---

<sup>1</sup> Supra, pag. 569.

tem o mesmo valor que teria se pronunciada pelos tribunaes do país, e porisso nada obsta a que seja convertida em divorcio.

3.º) O prazo minimo para converter a separação em divorcio varia de país para país, sendo na Hollanda de cinco annos, na Belgica, na França e no Luxemburgo de tres, na Hungria de dois, e na Suissa ou de tres para a separação por tempo indeterminado ou igual ao tempo por que fôr pronunciada a separação se esta é temporaria. A que prazo deverá, pois, attender-se, ao da lei nacional ou ao da lei local?

Afigura-se-nos que deverá exigir-se o decurso do prazo maior. O pedido de divorcio só pode ser attendido quando este seja admittido pela lei nacional e pela lei local, e porisso o pedido da conversão, que é um pedido de divorcio, só poderá proceder quando tenha decorrido o prazo da lei nacional e o prazo da lei local, condição que se verifica evidentemente desde que se exija o decurso do prazo maior.

E o que dizemos do prazo, dizemo-lo das demais condições, sendo sempre necessario que se cumpram as condições da lei nacional e da lei local, a não ser que a lei local permita ou prescreva a competencia exclusiva da lei nacional. O pedido de conversão é, no fundo, um pedido de divorcio e porisso, para que seja procedente, é indispensavel que satisfaça ás condições exigidas pela lei nacional e pela lei local, já que a convenção exige a concordancia destas duas leis.

## § II

Competencia para pronunciar o divorcio  
ou a separação de pessoas

SUMMARY: — 154. Observações geraes ácerca da jurisdicção competente para pronunciar o divorcio e a separação de pessoas. — 155. Competencia da jurisdicção nacional. — 156. Competencia normal da jurisdicção do domicilio. — 157. Competencia necessaria da jurisdicção do domicilio. — 158. Competencia da jurisdicção do domicilio para decretar as providencias provisórias admittidas pela legislação local na previsão de cessar a vida em *commun*.

154. A convenção sobre o divorcio e separação de pessoas não se limitou a formular regras de direito internacional privado para resolver os conflictos de leis sobre as duas instituições, mas ainda estabeleceu regras para resolver os conflictos de jurisdicção relativamente á competencia para pronunciar o divorcio ou a separação de pessoas.

As regras de competencia encontram-se formuladas no art. 5.º assim redigido:

*A acção de divorcio ou de separação de pessoas poderá ser intentada:*

1.º) *Perante a jurisdicção competente em conformidade da lei nacional dos conjuges;*

2.º) *Perante a jurisdicção competente do logar onde os conjuges estiverem domiciliados. Se, conforme a sua legislação nacional, os conjuges não tiverem o mesmo domicilio, a jurisdicção competente será a do domicilio do reu. No caso de abandono ou no de mudança de domicilio effectuada depois de se haver dado a causa de divorcio ou de separação de pessoas, poderá a acção tambem ser intentada perante a jurisdicção competente do ultimo domicilio *commun*. Fica todavia reservada*

*a jurisdição nacional na medida em que esta jurisdição fôr a unica competente para a acção de divorcio ou de separação. A jurisdição estrangeira subsiste competente quanto ao casamento em relação ao qual não pode ser intentada acção de divorcio ou de separação perante a jurisdição nacional competente.*

Como observação geral aos dois numeros do art. 5.º, importa determinar o significado da palavra *jurisdição* que em ambos se emprega. Este significado foi fixado pela commissão de 1900 nestes termos: «A palavra *jurisdição* foi empregada num sentido muito amplo e compreende não só os tribunaes propriamente dictos, civis ou ecclesiasticos, mas ainda as auctoridades administrativas encarregadas de decidir sobre esta materia»<sup>1</sup>.

155. a) *Competencia da jurisdição nacional.* Ao formular as regras de competencia para conhecer das acções de divorcio e de separação de pessoas, indica a convenção em primeiro lugar — *a jurisdição competente segundo a lei nacional dos conjuges.*

Significa esta regra evidentemente que as acções de divorcio ou de separação de pessoas podem ser intentadas perante as jurisdições do país a que pertençam os conjuges em harmonia com as leis de competencia desse país. As leis de competencia e processo são de ordem publica, são porisso territoriaes, e portanto não podem as leis desse país fixar a competencia dos tribunaes dos outros países. Porisso, a fórmula do n.º 1.º do art. 5.º «*jurisdição competente em conformidade da lei nacional*» equivale a est'outra «*jurisdição nacional competente*». E foi este o significado que sempre se lhe attribuiu tanto nos relatorios das commissões de 1894 e 1900, como na discussão sobre o assumpto na segunda e terceira conferencia. Diz-se,

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 211.

porém, jurisdição competente em conformidade da lei nacional, por ser a lei nacional que regula a competência das jurisdições nacionaes.

Sendo assim, a jurisdição nacional será competente ou quando a lei nacional estabeleça uma jurisdição especial para o divorcio ou separação dos subditos do estado estabelecidos em país estrangeiro, como acontece com o código civil suíço; o qual determina que o cônjuge suíço que habite no estrangeiro pode intentar uma acção de divorcio ou de separação perante o juiz do lugar da sua origem (Tit. fin., art. 61.º, alinea 7.ª g e 7 i), ou quando na lei nacional houver disposições pelas quaes, apesar de um dos cônjuges estar domiciliado em país estrangeiro, o outro cônjuge pode pedir o divorcio ou a separação no país, como acontece com as leis portuguezas, que reconhecem a competência do tribunal do domicilio ou da residência do auctor para conhecer das acções de separação de pessoas e bens, e porisso, embora um dos cônjuges tenha domicilio ou resida em país estrangeiro, poderá o outro cônjuge pedir a separação no reino ao tribunal do seu domicilio ou da sua residência (Cod. civ., art. 1206.º; cod. proc. civ., art. 21.º, n.º 4).

Mas a jurisdição nacional, além de competente, ainda pode ser *exclusivamente* competente, quando a lei nacional assim o determinar. É o que resulta desta passagem do n.º 2.º do art. 5.º: «*Fica todavia reservada a jurisdição nacional na medida em que esta jurisdição fôr a unica applicavel para a acção de divorcio ou de separação de pessoas.*»

Este respeito pela lei dum país que torne exclusivas as suas jurisdições para conhecer das acções de divorcio dos seus nacionaes é assim motivado pela commissão de 1900: «O motivo que determinou a maioria da commissão foi reservarem-se certos estados jurisdição exclusiva sobre os seus nacionaes nesta materia e a certeza de que, sem esta concessão,

se não obteria a sua adhesão a este projecto. Além disso, é desejavel que divorcios regularmente pronunciados sejam reconhecidos em toda a parte, o que não seria possível se a jurisdição do domicilio fôsse sempre competente»<sup>1</sup>. Foi assim a disposição determinada por um motivo de oportunidade e pela necessidade de assegurar o reconhecimento de divorcio ou da separação de pessoas regularmente pronunciados.

Das legislações dos estados contractantes, reservam a competencia das jurisdições nacionaes a lei hungara, a lei hespanhola, e a lei sueca. O art. 114.º da lei hungara xxxi de 1894 dá competencia exclusiva aos tribunaes hungaros para julgar as acções relativas ao casamento; o art. 80.º do codigo civil haspanhol torna as acções de separação de conjuges casados catholicamente da competencia dos tribunaes ecclesiasticos, e assim torna exclusiva a competencia da jurisdição religiosa hespanhola; e o direito sueco não admitte que as causas de divorcio reservadas ao rei possam ser submettidas aos tribunaes estrangeiros.

156. b) *Competencia normal da jurisdição do domicilio.* Quando a lei nacional dos conjuges não estabeleça a competencia exclusiva das jurisdições nacionaes, poderão os conjuges dirigir-se ás jurisdições competentes do logar do seu domicilio, sendo naturalmente a lei deste logar, como diz a commissão de 1900, que determina qual é a jurisdição competente (tribunaes civis ou ecclesiasticos ou auctoridades administrativas) e as fórmulas de processo a seguir para intentar a acção ou para a resolver<sup>2</sup>.

Se, contra o que ordinariamente acontece, os conjuges não

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 210.

<sup>2</sup> *Actes III*, pag. 211.

tiverem, em harmonia com a sua lei nacional, o mesmo domicilio, a jurisdição competente será a do domicilio do reu, pela applicação do principio — *actor sequitur forum rei*.

Esta regra de competencia poderá, porém, deixar de ser applicada nos casos de abandono ou de mudança de domicilio effectuada depois de se haver dado a causa de divorcio ou de separação. Nestes casos, poderá o auctor intentar a acção perante a jurisdição competente do domicilio do reu, mas tambem poderá intentá-la perante a jurisdição competente do ultimo domicilio commum. Esta faculdade concedida ao conjuge offendido destina-se a facilitar-lhe a separação ou o divorcio e a evitar que sobre elle incidam as consequencias do abandono ou da mudança de domicilio posterior ao facto que motivou o divorcio ou a separação, e envolve, em certo modo, um justo castigo para o conjuge offensor.

157. c) *Competencia necessaria da jurisdição do logar do domicilio*. Por via de regra, a jurisdição do logar do domicilio só é competente quando a lei nacional não estabelece a competencia exclusiva das jurisdições nacionaes. Reconhece a convenção, porém, um caso em que prevalece a competencia da jurisdição do domicilio, apesar desta competencia ser excluida pela lei nacional. É o caso de se tratar dum casamento em relação ao qual não pode ser intentada acção de divorcio ou de separação de pessoas perante a jurisdição nacional competente. Dá-se este caso quando o casamento é valido no estado do domicilio e nullo no estado de que os conjuges são nacionaes. É o que acontece, por exemplo, com o casamento celebrado civilmente por nacionaes dum estado que exige uma celebração religiosa, o qual, segundo a alinea 2.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> da convenção sobre o casamento, pode deixar de ser considerado valido por esse estado.

Se aos conjuges que se encontrem em taes circumstancias

se applicasse a sua lei nacional quando esta exclue a competencia das jurisdicções estrangeiras, resultaria que não poderiam separar-se ou divorciar-se, nem em país estrangeiro, nem no seu país, pois, não sendo o casamento reconhecido neste país, não poderia evidentemente ser ali recebida uma acção de divorcio ou de separação de pessoas. Para evitar esta singular situação, manteve a convenção a competencia das jurisdicções do lugar do domicilio mesmo quando seja excluida pela lei nacional.

Para justificar a disposição, refere-se a commissão de 1900 simplesmente á hypothese da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 5.<sup>o</sup> da convenção sobre o casamento. Comtudo, a situação prevista tambem pode dar-se na hypothese do art. 3.<sup>o</sup> da mesma convenção, segundo o qual o casamento valido no estado da celebração pode ser nullo no estado de origem, e dahi a possibilidade de não ser permittido o divorcio ou a separação neste estado, e portanto a necessidade da subsistencia da competencia da jurisdicção estrangeira. Ora, porque a convenção reserva, dum modo geral, a competencia da jurisdicção estrangeira relativamente ao casamento que não pode ser dissolvido ou a respeito do qual não pode pedir-se a separação perante a jurisdicção nacional competente, parece-nos evidente que a reserva abrange tanto o caso do art. 5.<sup>o</sup> como o caso do art. 3.<sup>o</sup> da convenção sobre o casamento.

158. Embora reconhecesse a exclusão pela lei nacional da competencia das jurisdicções estrangeiras, sancionou a convenção a competencia destas jurisdicções para decretar medidas provisórias nestes termos:

*«No caso de os conjuges não serem auctorizados a intentar acção de divorcio ou de separação de pessoas no país onde estiverem domiciliados, poderão comtudo, tanto um como o outro, dirigir-se á jurisdicção competente desse país para solicitar as*

*providencias provisórias que a sua (no texto francês sa) legislação admittir na previsão de cessar a vida em commum.*

*«Estas providencias serão mantidas, se, no prazo de um anno, forem confirmadas pela jurisdicção nacional; não podendo prolongar-se por mais tempo do que o permittir a lei do domicilio».* (art. 6.º).

Esta providencia é assim justificada e esclarecida pela commissão de 1900: «A disposição é nova; é devida a uma emenda do delegado de Hespanha, apoiado, especialmente, pelo delegado da Suecia e pelo delegado da Hungria, que citou neste sentido o art. 118.º da lei hungara xxxi de 1894. Tornou-se a mesma providencia necessaria sobretudo depois da decisão tomada pela commissão sobre a exclusão da jurisdicção do domicilio pela lei nacional. Em virtude do n.º 2.º do art. 5.º, acontecerá frequentemente que os conjuges estrangeiros não encontrarão no país onde se encontram estabelecidos jurisdicção competente para entre elles pronunciar o divorcio ou a separação de pessoas, por a sua lei nacional excluir as jurisdicções estrangeiras ou dum modo geral ou no caso de que se tratar. Deverão então dirigir-se á sua jurisdicção nacional, mas, para isso, será necessario um prazo mais ou menos longo, e podem ser indispensaveis medidas provisórias para fazer cessar a vida em commum tornada intoleravel. Estas medidas poderão ser sollicitadas dos tribunaes locais por qualquer dos conjuges. É a legislação do logar que determina se uma dada jurisdicção é competente e que medidas podem ser ordenadas (auctorização dada á mulher para ter residencia separada, pensão alimenticia, destino dos filhos, etc.). Estas medidas não podem durar indefinidamente e estão sujeitas a uma dupla limitação. É á jurisdicção nacional perante a qual fôr intentada a acção de divorcio ou de separação que pertence resolver a respeito destas medidas como a respeito do fundo da questão; poderá mantê-las ou substituir-lhes outras; e se nenhuma decisão intervem no prazo

dum anno, caducam taes medidas. A outra limitação é tirada da lei do domicilio, que pode fixar um prazo para além do qual não podem prolongar-se semelhantes medidas»<sup>1</sup>.

Esta passagem do relatorio de 1900 revela nitidamente a justiça da disposição e esclarece-a sufficientemente.

### § III

#### Efeitos do julgamento do divorcio ou da separação de pessoas

SUMARIO : — 159. Principio geral ácerca do reconhecimento dos julgados de divorcio ou de separação de pessoas. — 160. Condições de que depende esse reconhecimento. — 161. Capacidade matrimonial dos conjuges divorciados. — 162. Lei reguladora dos efeitos do divorcio e da separação de pessoas.

159. Determinada a lei reguladora do direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas, e determinado o tribunal competente para pronunciar um ou a outra, declara a convenção qual o valor do julgamento do divorcio ou de separação de pessoas, deste modo :

*O divorcio e a separação de pessoas julgados por um tribunal competente, nos termos do art. 5.º, serão reconhecidos em toda a parte, sob a condição de haverem sido observadas as clausulas da presente convenção, e de, no caso de a decisão ter sido proferida á revelia, o reu haver sido citado, em conformidade das disposições especiaes exigidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estrangeiros.*

*Serão reconhecidos igualmente em toda a parte o divorcio e*

---

<sup>1</sup> Actes III, pagg. 24 e 212.

*a separação de pessoas julgados por uma jurisdição administrativa, se a lei de cada um dos conjuges reconhecer esse divorcio e essa separação (art. 7.º).*

Este preceito é o complemento natural dos anteriores preceitos da convenção. Determinou esta as condições em que o divorcio e a separação podem ser pedidos perante as jurisdições dos estados contractantes, exactamente para que o divorcio ou a separação pronunciados num destes estados pudessem ser reconhecidos pelos outros, pois, diz justamente o relatorio de 1900, «se é desejavel que um casamento celebrado regularmente num país seja considerado valido em toda a parte, pode dizer-se a mesma coisa a respeito dum divorcio». «Se, continua o mesmo relatorio, um casamento declarado dissolvido num país fôr considerado como não dissolvido em outro país, pode isso ser motivo de graves conflictos de interesses e até de escandalos. Era, pois, natural que a convenção, depois de estabelecer regras de competencia no art. 5.º, tratasse de assegurar o reconhecimento dos divorcios e das separações de pessoas que fôssem pronunciados»<sup>1</sup>.

O reconhecimento dos julgados de divorcio ou de separação de pessoas foi e devia ser o destino pratico da convenção e porisso era effectivamente natural que esta, depois de formular as condições em que podiam ser pedidas o divorcio ou a separação, consagrasse aquelle reconhecimento e fixasse as condições em que elle podia verificar-se.

**160.** O reconhecimento dos julgados de divorcio ou de separação de pessoas depende da verificação das tres seguintes condições: 1.º) ser o julgado proferido por uma jurisdição competente; 2.º) serem observadas as clausulas da convenção;

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 212.

3.º) ser o reu citado, no caso de revelia, em conformidade das disposições especiaes estabelecidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estrangeiros.

1.º) *O julgado deve ser pronunciado por uma jurisdição competente.* Determinou a convenção no art. 5.º a jurisdição competente para julgar o divorcio ou a separação de pessoas, e porisso era logico que os estados signatarios apenas se obrigassem a reconhecer os respectivos julgados quando fôsem respeitadas as regras de competencia estatuidas pela convenção.

E tambem parecia logico que, desde o momento em que essas regras de competencia fôsem respeitadas, os julgados de divorcio ou de separação fôsem *sempre* reconhecidos quando se verificassem as demais condições estabelecidas pela convenção.

Não acontece, porém, assim. Quando a jurisdição competente fôr um *tribunal*, está o julgado, sob o aspecto da competencia, em condições de ser reconhecido em qualquer dos estados contractantes. Quando, porém, a jurisdição competente fôr uma *auctoridade administrativa*, o julgado só será reconhecido se a lei nacional de ambos os conjuges reconhecer este divorcio e esta separação. Distinguiu assim a convenção entre a jurisdição-*tribunal* e a jurisdição-*auctoridade administrativa*, attribuindo maior valor aos julgados da primeira do que aos da segunda jurisdição. Embora alguns dos membros da commissão de 1900 fôsem partidarios da equiparação das duas ordens de jurisdições, outros havia que se oppunham intransigentemente a essa equiparação e dahi resultou a restricção formulada pela convenção <sup>1</sup>.

Dos estados contractantes, só na Suecia e apenas o divorcio

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 213.

pode ser pronunciado por uma auctoridade administrativa, que é o rei, e porisso, nas relações daquelles estados, só será reconhecido o julgado administrativo de divorcio quando ambos os conjuges sejam de nacionalidade sueca. Existe, porém, o mesmo principio na Dinamarca e na Noroega e, porisso, se estes estados vierem a adherir á convenção, ainda serão reconhecidos os julgados entre os subditos das tres nações escandinavas.

2.º) *Devem ter sido observadas as clausulas da convenção.* É evidente o motivo da exigencia desta condição. Estabelecendo a convenção os termos em que deve ser applicada a lei nacional e a lei local para determinar, tanto o direito de pedir o divorcio e a separação de pessoas, como as causas que podem fundamentar o pedido, é justo que uma e outra lei sejam observadas nos termos prescriptos, para ser possível o reconhecimento dos julgados de divorcio ou de separação de pessoas.

3.ª) *No caso de revelia, deve o reu ter sido citado em conformidade das disposições especiaes estabelecidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estrangeiros.* Os julgamentos de divorcio ou de separação de pessoas podem ser proferidos *contradictoriamente* ou á *revelia*. Quando proferidos *contradictoriamente*, são reconhecidos, independentemente do modo por que o reu tenha sido citado. Se proferidos á *revelia*, depende o reconhecimento de se haver verificado a *fôrma de citação* exigida pela lei nacional do reu para o reconhecimento dos julgados estrangeiros. Exigem uma fôrma de citação determinada as legislações allemã, austriaca e hungara. Segundo estas legislações, para serem reconhecidos julgados estrangeiros, deve o reu ter sido citado *pessoalmente* <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cod. pr. civ. al., art. 328.º, lei aust. de 27 de maio de 1896, art. 80.º lei lx de 1 de janeiro de 1881, art. 3.º

Desde que estas tres condições sejam preenchidas, têm os estados contractantes obrigação de reconhecer o divorcio ou a separação de pessoas pronunciados por uma jurisdição estrangeira.

Estará, porém, o reconhecimento do julgado dependente de este ser confirmado por um tribunal do estado onde queira tornar-se effectivo, isto é, estará sujeito a *exequatur*, ou será aquelle estado obrigado a executar o mesmo julgado sem confirmação e sem *exequatur*? A convenção não dispensa o *exequatur*, e porisso cada um dos estados contractantes poderá exigí-lo ou não, consoante a sua legislação particular. E assim, o *exequatur* deverá ser exigido em Portugal, pois, segundo veremos, a nossa legislação sujeita *todos* os julgados estrangeiros a revisão e confirmação (cod. civ., art. 31; cod. proc. civ., art. 1087.<sup>o</sup>), e será dispensado na França, onde é jurisprudencia corrente que os julgados estrangeiros relativos ao estado e capacidade das pessoas são isentos de *exequatur*. A Noruega resolveu expressamente a questão na lei de 8 de julho de 1904, onde se determina que, relativamente ao direito de o conjuge divorciado contrair um novo casamento, o julgado estrangeiro que pronuncie o divorcio não será executado enquanto lhe não tiver sido concedido *exequatur*. (Cap. III, art. 8.<sup>o</sup>). Todavia, quando se exija o *exequatur*, será este concedido desde que se verifiquem as condições exigidas pela convenção.

161. O mais importante effeito do divorcio é restituir aos esposos a sua liberdade e permittir-lhes um novo casamento.

Poderão, porém, os individuos validamente divorciados num país contrair um novo casamento noutro país onde o divorcio não seja permittido?

Doutrinalmente, esta questão, embora ainda muito discutida pelos escriptores, é hoje geralmente resolvida no sentido affir-

mativo, pelo fundamento de que o estado local, permitindo o casamento de estrangeiros legitimamente divorciados, apenas se harmoniza com o principio geral de que o estado e capacidade das pessoas não regulados pela sua lei pessoal.

Qual, porém, a doutrina a seguir em face do art. 7.º da convenção? Segundo este artigo, seria indubitavel que as pessoas legitimamente divorciadas em qualquer dos estados contractantes podiam contrair novo casamento nos outros estados desde que se verificassem as condições prescriptas pelo mesmo artigo. A convenção diz que o divorcio será reconhecido em toda a parte e, reconhecer o divorcio, é reconhecer certamente o capital dos seus effeitos — o direito de contrair um novo casamento.

Comtudo, a convenção sobre o divorcio e separação de pessoas foi assignada pelos mesmos estados que assignaram a convenção sobre o casamento, e pela alinea 3.ª do art. 2.º desta convenção podem os estados contractantes oppôr-se a que se realize perante as auctoridades locais um casamento que, em virtude do casamento anterior, seja contrario ás suas leis. Já procuramos determinar o valor desta disposição e verificamos que, dos estados contractantes, usará da faculdade de opposição a Austria e della usarão tambem porventura Portugal e Hespanha, por num e noutro país o principio da indissolubida do casamento ser considerado de ordem publica. Assim o faz presentir a attitude dos delegados dos dois países na terceira conferencia <sup>1</sup>.

Poderão, porém, sempre as pessoas legitimamente divorciadas em país estrangeiro contrair novo casamento perante os agentes diplomaticos ou consulares do seu país, pois a taes casamentos não pode oppôr-se o estado local, segundo a disposição expressa do art. 6.º da convenção sobre o casamento.

---

<sup>1</sup> Supra, pagg. 428 e segg.

162. Os demais efeitos do divórcio e da separação de pessoas, como o destino dos filhos, a partilha dos bens, a pensão alimentícia, serão naturalmente regulados pela lei nacional dos conjuges. Semelhantes efeitos são produzidos por uma *mudança* ou por uma *modificação* do estado das pessoas, integram-se naturalmente no domínio da lei pessoal, e porisso devem ser regulados pela lei nacional dos conjuges, pois é a lei nacional a forma de lei pessoal reconhecida pela convenção.

Se os conjuges não tiverem a mesma nacionalidade ao tempo do divórcio ou da separação, devem os efeitos desta ou daquelle ser determinados pela ultima lei nacional commum. A ultima lei nacional commum é competente, segundo o art. 8.º, para determinar o direito de divórcio ou de separação e as suas causas, e, porisso, tambem deve ser competente para regular os seus efeitos.

#### § IV

#### Disposições geraes

SUMMARY: — 163. Lei pessoal reguladora do divórcio e da separação de pessoas quando os conjuges não têm a mesma nacionalidade. — 164. Esphera de applicação da convenção.

163. Segundo a legislação de todos os estados contractantes, a mulher adquire pelo casamento a nacionalidade do marido e perde a sua nacionalidade de origem. Porisso, os conjuges subditos de estados contractantes têm sempre, pelo menos num determinado momento, uma *nacionalidade commum*.

Pode, porém, depois do casamento, um dos conjuges mudar de nacionalidade sem que a nova nacionalidade seja adquirida pelo outro conjuge, ficando assim os conjuges de *nacionalidade differente*. É o que pode acontecer, por exemplo, quando

o marido muda de nacionalidade por naturalização sem que esta abranja a mulher, o que se daria, quer pela naturalização dum português casado ou em França, onde a naturalização do marido não envolve necessariamente a naturalização da mulher, ou na Rumania, onde a naturalização é meramente pessoal, se a mulher não declarasse que queria seguir a nacionalidade francesa ou se não naturalizasse ella mesma na Rumania, quer pela naturalização de mulher portuguesa casada em país estrangeiro, pois que a naturalização da mulher nunca determina a naturalização do marido.

Previendo a hypothese de os conjugues terem, ao tempo do divorcio ou da separação, nacionalidade differente, determinou a convenção que fosse considerada, para os effeitos das suas disposições, como lei nacional a sua ultima legislação commum. É a disposição do art. 8.º:

*Se os conjugues não tiverem a-mesma nacionalidade, deverá a sua ultima legislação commum ser considerada como a sua lei nacional, para a applicação dos artigos precedentes.*

Esta disposição teve por fim pôr os conjugues numa situação de completa egualdade perante o direito de divorcio e de separação. Se se attendesse, relativamente a cada conjuge, apenas á sua lei nacional, resultaria que, sendo, por exemplo, um delles português e o outro francês, este teria o direito de se divorciar, estando o primeiro privado delle, e portanto poderia o segundo deixar o estado de casado e casar novamente, e o outro teria de continuar vinculado pelo primeiro casamento. Se se attendesse a respeito de ambos os conjugues simplesmente á lei nacional dum delles, á lei nacional do marido, por exemplo, teria de sacrificar-se a lei nacional do outro num assumpto que é mais do interesse de cada um dos conjugues do que do interesse commum da familia. Dando competencia á ultima lei nacional commum, evitou justamente a convenção todas estas difficuldades.

Da disposição do art. 8.<sup>o</sup> resulta a importante consequencia de que, se a ultima legislação commum dos conjuges não admittir o divorcio, não poderá qualquer delles obter o direito de divorciar-se naturalizando-se num país onde o divorcio seja reconhecido. Ou tẽem de naturalizar-se ambos, ou nenhum poderá divorciar-se.

164. Com o fim de determinar a esphera de applicação da convenção, formulou o art. 9.<sup>o</sup> este preceito :

*A presente convenção não se applicará senão ás acções de divorcio e de separação de pessoas intentadas num dos estados contractantes, sendo um dos litigantes, pelo menos, subdito ou cidadão dalgum desses estudos.*

*Nenhum estado se obriga, pela presente convenção, a applicar uma lei que não seja a dum estado contractante.*

Esta disposição completa-se com a primeira parte do art. 10.<sup>o</sup>, onde se declara que a convenção é applicavel somente aos territorios europeus dos estados contractantes.

A esphera de applicação da convenção determina-se assim segundo um triplice criterio: 1.<sup>o</sup>) logar onde é intentada a acção de divorcio ou de separação; 2.<sup>o</sup>) nacionalidade dos conjuges; 3.<sup>o</sup>) lei a applicar.

1.<sup>o</sup>) *A convenção só se applica ao territorio europeu dos estados contractantes.* A restricção ao territorio dos estados contractantes, justifica-a sufficientemente o facto de a convenção resolver, a par com conflictos de leis, conflictos de jurisdicções, e os estados contractantes não poderem evidentemente formular principios de competencia para as jurisdicções dos outros estados. A restricção ao territorio europeu, motivou-a por certo a possibilidade da existencia de leis especiaes para as colonias e possessões dos estados contractantes, leis que não podiam ser consideradas não organização da convenção.

2.<sup>o</sup>) *A convenção só se applica ao divorcio ou á separação*

*de conjuges dos quaes um, pelo menos, seja nacional dum dos estados contractantes.* Os motivos deste preceito são os mesmos que determinaram o preceito correspondente da convenção relativa ao casamento. A convenção traduz o melhor regimen juridico internacional do divorcio e da separação de pessoas, segundo o conceito dos estados contractantes, e porisso era natural que se applicasse ainda quando só um dos conjuges fosse nacional dos mesmos estados.

3.º) *Nenhum dos estados contractantes se obriga, pela convenção, a applicar uma lei que não seja a dum estado contractante.* Como já acima dissemos, todos os estados contractantes seguem o principio de que a mulher adquire pelo casamento a nacionalidade do marido e porisso, se os conjuges fôrem ambos subditos dos estados contractantes, têm *sempre*, pelo menos um determinado momento, uma nacionalidade *commum* e, portanto, uma lei nacional *commum*. Dahi deriva que, embora algum delles adquira depois do casamento a nacionalidade dum estado não contractante, como, pelo art. 8.º, se considera lei nacional a ultima legislação *commum*, nunca em tal hypothese haverá occasião de applicar uma lei estrangeira.

Se, ao tempo do casamento, o marido era nacional dum dos estados contractantes e a mulher pertencia a um estado não contractante, como ella adquiriu pelo casamento a nacionalidade do marido, converte-se esta hypothese na anterior e resolve-se da mesma maneira.

Se, porém, ao tempo do casamento, a mulher era nacional dum estado contractante e o marido era nacional dum estado não contractante cuja legislação não attribua á mulher estrangeira, que case com um nacional, a nacionalidade do marido, como acontece em alguns estados hispano-americanos, por exemplo a Argentina e a Colombia<sup>1</sup>, pode a mulher conservar a sua

---

<sup>1</sup> CARLO BISOCCHI, *Acquisto e perdita della nazionalità*, pag. 312.

nacionalidade de origem, como acontece pelo direito português (cod. civ., art. 22.º, n.º 4), e em tal caso só um dos conjuges será nacional dos estados contractantes, nunca terá havido uma lei nacional commum que fôsse a lei dum estado contractante, e portanto poderá haver logar á applicação duma lei que não seja lei dos estados contractantes, quer se considere como lei pessoal de ambos os conjuges a lei do país do marido, quer se applicquem cumulativamente a lei do país do marido e a lei do país da mulher.

E, antes de continuar, diremos que, em nosso intender, se devem applicar concorrentemente a lei nacional do marido e a lei nacional da mulher, pois, tratando-se de dissolver ou de suspender a sociedade conjugal, devem ser attendidos de modo egual os interesses de ambos os conjuges, sendo este certamente o espirito da convenção emquanto determinou no art. 8.º que, quando os conjuges não tenham a mesma nacionalidade, se considere como lei nacional a sua ultima legislação commum. O fim da convenção foi certamente evitar que os interesses da mulher fôsem sacrificados aos interesses do marido ou vice-versa. Ora, se quando os conjuges já tiveram uma lei nacional commum, a desigualdade se evita applicando essa lei, quando a sua lei nacional tenha sido sempre differente a situação só se evita applicando cumulativamente as duas leis.

Mas, embora devam applicar-se, em principio, concorrentemente a lei da mulher e a lei do marido, os estados contractantes reservaram-se a faculdade de não applicar as leis de estados não contractantes, e porisso importa averiguar em que termos usarão dessa faculdade.

A questão deve ser considerada quanto á lei substantiva e quanto á competencia.

Sob o primeiro aspecto, isto é, quanto ao direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas e quanto ás causas por que podem ser pedidos, applicarão certamente os estados contra-

ctantes as leis de estados não contractantes enquanto estas leis coincidirem com as suas. Se a lei de estado não contractante é idêntica á lei de qualquer estado contractante, não ha razão para não se applicar, desde que a convenção se applica ao divorcio e á separação entre conjuges um dos quaes seja nacional de estado não contractante e os estados contractantes mutuamente se obrigaram a applicar as suas leis. Se a lei do estado não contractante é diferente das leis de todos os estados nãocontractantes, as suas disposições podem repugnar aos principios em que assenta a civilização do estado local, e então este estado applicá-las-á ou não consoante o criterio que seguir ácerca do principio da ordem publica.

Sob o segundo aspecto, isto é, quanto á jurisdicção competente para pronunciar o divorcio ou a separação de pessoas, como a convenção se applica simplesmente ás acções de divorcio ou de separação intentadas no territorio dos estados contractantes, nenhuma applicação poderão ter as leis dos estados não contractantes quanto á determinação da competencia para julgar semelhantes acções.

Os artt. 10.º, 11.º, 12.º e 13.º da convenção relativa ao divorcio e á separação de pessoas não semelhantes aos artt. 9.º, 10.º, 11.º e 12.º da convenção relativa ao casamento.

## CAPITULO II

### Tutela de menores — Convenção de 12 de junho de 1902 <sup>1</sup>

#### § I

#### Organização da tutela

SUMMARIO: — 165. Considerações geraes ácerca do regimen juridico internacional das incapacidades. A menoridade e a tutela. — 166. Principio fundamental da convenção sobre a lei reguladora da tutela. Causas e duração da tutela. Logar de abertura da tutela. Tutela organizada pelas auctoridades do país a que pertence o menor. Tutela diplomatica e consular. — 167. Providencias estabelecidas pela convenção para que a tutela seja organizada pelas auctoridades nacionaes. — 168. Tutela organizada pelas auctoridades do estado de residencia habitual do menor. Seu character e seu regimen. — 169. Nomeação do tutor. Incapacidades, exclusão, remoção e excusas dos tutores.

165. Com o fim de proteger as pessoas cujo estado physico ou mental lhes não permite o exercicio pessoal dos seus direitos,

---

<sup>1</sup> *Actes II*, pagg. 92 e 111, *Actes III*, pagg. 91, 103 e 135; *Documents III*, pagg. 50 e 103; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11, pagg. 104, e *Tableau général*, pag. 44; LRRR, *De la tutelle des mineurs d'après les principales législations de l'Europe*, na *R. D. I.*, vol. 34, pagg. 315 e segg., e *De la puissance et de la tutelle paternelle d'après les principaux codes de l'Europe*, na mesma revista, vol. 39, pagg. 52, 171 e 357; *Rev. de dr. int. pr. e de dr. pen. int.*, 1908, pagg. 523 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, pagg. 302 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 606; SURVILLE et ARTHUYS, *ob. cit.*, pagg. 363 e segg.; CATELLANI, *ob. cit.*, pagg. 402 e segg.

estabeleceram as legislações determinadas *incapacidades*, como a menoridade, a demencia, o surdo-mutismo e a prodigalidade, e ao mesmo tempo organizaram instituições destinadas a supprir estas incapacidades.

As incapacidades estabelecidas no interesse dos incapazes e as instituições destinadas a supprir-las, representam medidas de protecção individual e porisso entram fundamentalmente no dominio da lei pessoal e, segundo o systema que adoptamos, no dominio da lei nacional.

Uma daquellas incapacidades é, como dissemos, a menoridade.

Todas as legislações dividem a vida humana em dois periodos, a *menoridade*, a que corresponde a *incapacidade* para a pratica dos actos da vida civil, e a *maioridade*, a que corresponde a *capacidade* para a pratica daquelles actos.

E, ao mesmo tempo que estabelecem a incapacidade por menoridade e fixam o limite desta, determinam as legislações as instituições que devem proteger os menores e os devem representar no exercicio dos seus direitos. São estas instituições o *patrio poder*, instituição normal, e a *tutela*, instituição subsidiaria, que se organiza quando o patrio poder se extingue ou suspende. Uma e outra instituição são, porém, reconhecidas pelo direito moderno para beneficio e protecção dos menores e porisso uma ou outra devem ser reguladas, em principio, pela lei pessoal do menor, que é a sua lei de protecção.

166. A convenção da Haya de 12 de junho de 1904 formúla o principio fundamental ácerca do regimen juridico internacional da tutela nestes termos:

*A tutela do menor será regulada pela sua lei nacional* (art. 1.º).

Conformou-se assim a convenção com a natureza e destino da tutela.

O projecto da commissão de 1894, em vez de formular simplesmente o principio geral de que a tutela do menor seria

regulada pela sua lei nacional, desenvolvia o principio deste modo: «A tutela dum menor é regulada pela sua lei nacional e tem a sua sede no país a que o menor pertence. Esta lei determina a abertura e o fim da tutela, o seu modo de deferimento, de organização e fiscalização, as attribuições e a competencia do tutor»<sup>1</sup>.

Comtudo, a segunda conferencia, por proposta do delegado francês Legrand, reduziu a proposta da commissão ao que hoje se lê na convenção, supprimindo tudo o mais, como *inutil*<sup>2</sup>.

A commissão e a conferencia de 1900 conformaram-se com a deliberação da conferencia de 1894<sup>3</sup>, limitando-se a formular o principio geral e considerando inutil a enumeração dos assumptos regulados pela lei nacional.

Sendo assim, deve intender-se que na formula breve da convenção se comprehende o que respeita 1.º) á abertura e fim da tutela, 2.º) ao seu deferimento, modo de organização e fiscalização, 3.º) e ás attribuições e competencia do tutor. E não deverá esta enumeração considerar-se como taxativa, mas sim exemplificativa, pois, desde que a convenção se limitou a formular o principio geral de que a tutela é regulada pela lei nacional, deverá esta lei ser applicada sempre que a mesma convenção não disponha o contrario.

1.º) *Abertura da tutela.* A abertura da tutela abrange a resolução de duas questões; α) determinação das causas da tutela; β) determinação do logar onde a tutela deve ser organizada.

α) A tutela é uma instituição subsidiaria do patrio poder, destina-se como este á protecção dos menores, e porisso é natural que as causas de abertura da tutela sejam reguladas pela lei nacional dos mesmos menores, já que é essa a lei competente

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 114.

<sup>2</sup> *Actes II*, pagg. 93 e 94.

<sup>3</sup> *Actes III*, pag. 103.

para regular a sua protecção. A lei nacional, pois, indicará quando o poder paternal se extingue ou suspende, para o effeito de lhe substituir a tutella. E, assim, a mesma lei determinará se o poder paternal apenas pertence ao pae, como, á semelhança do direito romano, ainda acontece na Austria e na Hungria, e, portanto, se deverá abrir-se a tutela logo que o pae morra ou esteja impedido de exercer o poder paternal, ou se este poder pertence a ambos os paes, como acontece nos demais estados contractantes, e consequentemente se a tutela só deverá abrir-se por morte do ultimo dos paes ou quando ambos estejam impossibilitados de o exercer.

Da doutrina estabelecida, deriva, como consequencia logica, que deve ser a lei nacional a lei competente para determinar as causas que põem termo á tutela, isto é, para determinar o começo da maioridade e em qué termos a emancipação e o casamento fazem findar a tutela.

Tudo o que fica dicto, além de resultar do art. 1.º, está formalmente estabelecido no art. 5.º da convenção: «*Em todos os casos, a tutela principiará e findará nas epochas e pelas causas determinadas na lei nacional do menor*».

São expressivas as palavras com que a commissão de 1894 justificou a doutrina que temos exposto e porisso as transcrevemos: «Desde que se admitte que a instituição da tutela tem como unica razão de ser a protecção devida ao incapaz e a necessidade de tal protecção, é evidente que a questão de saber quando e até que idade esta protecção é necessaria deve ser resolvida pelas disposições da lei do país a que pertence o incapaz, visto que a sua capacidade ou a sua incapacidade, quanto aos actos da vida civil, é regulada e determinada por essa lei»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 112.

β) Como vimos, o projecto da commissão de 1894 determinava que a tutela teria a sua séde no país a que pertencesse o menor. A segunda conferencia supprimiu esta determinação, a terceira conferencia manteve a suppressão, ambas as conferencias se limitaram a formular o principio de que a tutela será regulada pela lei nacional, e porisso se deverá intender que á lei nacional compete estabelecer em que logar a tutela deve ser organizada. Esta consequencia contem-se evidentemente na logica do principio a que obdeceu a convenção. A tutela destina-se á protecção do menor, a protecção deste compete á lei nacional, e portanto a esta lei cabe dizer onde a protecção se torna necessaria e deve ser exercida, e consequentemente onde a tutela deve ter a sua séde.

Sendo assim, se a lei nacional determinar que a tutela se installe no país, embora o menor tenha residencia habitual no estrangeiro, compete ás auctoridades nacionaes organizar a tutela, devendo as auctoridades do país da residencia abster-se da sua organização.

Mas a convenção alarga ainda mais a alçada da lei nacional. Se esta, prevendo a hypothese de o menor ter domicilio ou residencia habitual em país estrangeiro, determinar que a tutela seja organizada no país de residencia habitual pelos agentes diplomaticos ou consulares, reconhece a convenção a tutela diplomatica ou consular, uma vez que a isso se não opponha o estado local.

É o preceito do art. 2.<sup>o</sup> da convenção: *Se a lei nacional não tiver organizado a tutela no país do menor, na previsão do caso de este ter no estrangeiro a sua residencia habitual, poderá o agente diplomatico ou consular, auctorizado pelo Estado da nacionalidade do menor, prover á constituição da tutela, em conformidade da lei desse estado, se a isso se não oppuser o Estado da residencia habitual do menor.*

De modo que, a competencia da lei nacional ainda se mani-

festa no reconhecimento da tutela diplomatica ou consular, que poderá ser organizada quando se verificarem estas condições: 1.º ser auctorizada pela lei nacional; 2.º ter o menor residencia habitual no estado local; 3.º não se oppôr o estado da residencia habitual do menor.

A convenção diz *poderá* e não diz *deverá*, para o offeito de, embora se dêem todas aquellas condições, a tutela poder deixar de ser organizada pelos agentes diplomaticos ou consulares, quando elles intendam que convem mais ao menor que a organizem as auctoridades locaes, que, como veremos, têm competencia *subsidiaria* para organizar a tutela, quando esta não possa ser ou não seja organizada pelas auctoridades nacionaes.

Em todo o caso, a tutela diplomatica ou consular só poderá ser organizada quando a isso se não opponha o estado local. Era mais ampla a proposta da commissão de 1894, a qual, generalizando o principio estabelecido em algumas convenções internacionaes, reconhecia a tutela diplomatica e consular sempre que ella fosse auctorizada pela lei nacional do menor.

A commissão de 1900, porém, attendendo uma proposta da Allemanha, subordinou a tutela diplomatica e consular a uma restricção semelhante á estabelecida pelo art. 6.º da convenção sobre o casamento relativamente aos casamentos diplomaticos ou consulares de utilidade, tornando aquella tutela dependente da não opposição do estado local. E, porque a restricção é formulada nos mesmos termos, deve intender-se que tem o mesmo alcance, e portanto que a opposição deve ser expressa, que pode ser formulada quer por um texto de lei quer por meio duma declaração governamental, e que o silencio dos estados contractantes deve ser interpretado no sentido de consentirem aquella fórma de tutela <sup>1</sup>.

Vê-se da doutrina exposta que a convenção deu competencia

---

<sup>1</sup> Vide supra, pagg. 517 e 518.

às auctoridades nacionaes para organizarem a tutela de menores residentes em país estrangeiro, e tanto às auctoridades que funcionem no estado a que pertença o menor, como às que funcionem no estado de residencia, isto é, às auctoridades diplomaticas e consulares. Não se contentou assim a convenção com mandar regular a tutela pela lei nacional. Estabeleceu, como principio, a sua organização pelas auctoridades nacionaes. Subtraiu portanto á competencia das auctoridades locais a faculdade de organizar a tutela de menores estrangeiros, parecendo desviar-se do principio da territorialidade das jurisdicções, segundo o qual aquellas auctoridades deveriam intervir na organização e funcionamento da tutela dos incapazes residentes no estado local.

O systema da convenção não representa, porém, uma innovação sem precedentes na doutrina e na pratica internacional. Effectivamente, a doutrina, a jurisprudencia de diversos países e numerosas convenções internacionaes, já por ser difficil para as auctoridades locais o conhecimento da lei nacional do menor, já porque a competencia e o direito substantivo se encontram, em materia de tutela, tão intimamente relacionados, que não são susceptiveis de facil separação, parecendo mesmo inadmissivel a alguns internacionalistas que a gestão da tutela pelas auctoridades dum país seja regulada pela legislação doutro país, já porque por tal fórma se não realizava integralmente a protecção que a lei de cada país dispensa aos seus nacionaes, foram-se encaminhando no sentido de attribuir a organização da tutela às auctoridades nacionaes, cabendo a sua organização ás auctoridades locais somente quando as auctoridades nacionaes não possam organizá-la, e devendo mesmo a tutela organizada pelas auctoridades locais ter simplesmente character provisório e porisso findar logo que as auctoridades nacionaes possam organizar a tutela e a organizem effectivamente.

Este systema foi doutrinariamente consagrado pelo Instituto de direito internacional na sessão de Hamburgo de 1891 <sup>1</sup>. A doutrina da convenção constitue assim a illação dum precedente da pratica internacional sancionado pela mais auctorizada academia que representa a sciencia do direito internacional.

167. Reconhecida a competencia normal das auctoridades nacionaes para a organização da tutela de menores, era natural que a convenção estabelecesse o processo de tornar aquellas auctoridades scientes de que se encontrava em país estrangeiro um menor seu nacional em condições de precisar de ser posto em tutela, para que ellas pudessem proceder á organização da mesma tutela. Tal é o destino do art. 8.º, assim redigido:

*As auctoridades do Estado em cujo territorio se achar um estrangeiro de menor idade, a respeito do qual se fizer mister organizar a tutela, informarão dessas circumstancias, logo que dellas tiverem conhecimento, as auctoridades do Estado a que o menor pertencer.*

*As auctoridades assim informadas participarão, o mais breve possivel, ás auctoridades que as tiverem avisado se a tutela foi ou vae ser organizada.*

Não diz a convenção por que meio ha de ser transmittida a informação.

Todavia, porque o processo normal de correspondencia entre as auctoridades dos diversos países é a via diplomatica, por esta via deverá ser transmittida a informação, a não ser que, por convenção especial, seja estabelecida a communicacão directa entre as auctoridades dos diversos estados contractantes.

---

<sup>1</sup> *Annuaire*, vol. 11, log. cit.

Assim foi entendida a convenção pela lei sueca de 8 de julho de 1904, a qual (cap. IV, art. 3.º) determinou que, quando a um estrangeiro menor, domiciliado na Suecia, deva ser nomeado um tutor em conformidade da lei do seu país, o tribunal averiguará por intermedio do ministerio dos negocios estrangeiros se a tutela será ou não organizada pelas auctoridades nacionaes para, no caso de resposta negctiva, ser nomeado um tutor nos termos da lei sueca.

168. Se as auctoridades nacionaes, informadas pelas auctoridades locaes, não organizarem a tutela dentro dum prazo razoavel segundo o prudente arbitrio da auctoridade local, tornar-se-á esta auctoridade competente para a organizar, em harmonia com este preceito da convenção:

*Todavia a tutela do menor que tiver a sua residencia habitual no estrangeiro estabelecer-se-á e exercer-se-á em conformidade da lei do logar, se não fôr ou não puder ser constituida em conformidade das disposições dos artt. 1.º e 2.º (art. 3.º).*

As auctoridades nacionaes, devidamente informadas pelas auctoridades locaes, devem declarar se organizam ou não a tutela. Se declaram que não podem organizá-la ou que se abstêm de a organizar, torna-se desde logo obrigatoria a sua organização pelas auctoridades locaes.

Se as auctoridades nacionaes não fizerem declaração alguma dentro dum prazo considerado sufficiente, egualmente a tutela deverá ser organizada pelas auctoridades locaes.

E, num caso ou no outro, as auctoridades locaes têm obrigação, e não simplesmente a faculdade, de organizar a tutela, pois a convenção diz *estabelecer-se-á* e não diz *poderá estabelecer-se*, como fizera a proposito da tutela diplomatica e consular.

É que a convenção não quis que o menor ficasse sem protecção e, porisso, desde que as auctoridades nacionaes não

usem da faculdade que a convenção lhes confere, são aquellas auctoridades substituidas pelas auctoridades locais, que, em tal hypothese, assumem a obrigação de dispensar o seu patrocínio aos menores estrangeiros residentes no país.

Mas, quando a competencia para a organização da tutela assim convola para as auctoridades locais, é a tutela organizada e exercida em conformidade da lei local (art. 3.º), excepto pelo que respeita ás suas causas e duração, que serão sempre reguladas pela lei nacional (art. 5.º).

O principio de que a tutela organizada pela auctoridade local se organiza e exerce em conformidade da lei local é uma consequencia logica da doutrina acceita pela convenção de que, em materia de tutela, a competencia legislativa e a competencia judiciaria estão tão intimamente relacionadas, que não podem separar-se sem prejuizo da protecção dos tutelados. Se porisso as auctoridades nacionaes não podem ou não querem organizar a tutela e esta tem de ser organizada e exercida pelas auctoridades locais, é logico que estas a organizam e exerçam segundo a lei local, embora as suas funcções comecem pelas causas e durem pelo tempo estabelecidos na lei nacional, já que esta lei é naturalmente competente para determinar quando e até quando o menor precisa de protecção, e a sua applicação, neste ponto, não difficulta o exercicio da tutela pelas auctoridades locais.

Comtudo a tutela organizada pelas auctoridades locais é meramente subsidiaria e provisoria, devendo findar logo que as auctoridades nacionaes estejam em condições de organizar a tutela em conformidade da lei nacional. Assim o dispõe o art. 4.º da convenção :

*A existencia da tutela estabelecida em conformidade da disposição do art. 3.º não tolherá o constituir-se nova tutela nos termos do art. 1.º ou do art. 2.º*

Nô mais breve prazo possível se dará informação desse facto ao governo do Estado onde a tutela houver sido primitivamente organizada; o qual avisará a auctoridade que tiver instituido a tutela ou, na falta dessa auctoridade, o proprio tutor.

A legislação do Estado onde tiver sido organizada a antiga tutela determinará o momento em que essa tutela ha de findar no caso previsto no presente artigo.

A convenção deu predominio á lei nacional para presidir á organização da tutela e deu preferencia ás auctoridades nacionaes para procederem á sua organização, e porisso a tutela organizada pelas auctoridades locaes segundo os precitos da lei local deve ceder á tutela organizada segundo a lei nacional, logo que as auctoridades nacionaes estiverem em condições de a organizar e effectivamente a organizem.

O que se dá com a tutela organizada pelas auctoridades locaes, deve dar-se egualmente com a tutela organizada pelas auctoridades nacionaes quando o menor mude de nacionalidade. A tutela definitiva estabelecida pelas auctoridades nacionaes, antes da mudança de nacionalidade, transforma-se em provisoria depois desta mudança, passando a competencia para organizar uma tutela definitiva para as novas auctoridades nacionaes. Assim o declarou expressamente a comissão de 1900: «O argumento *á pari* determinará naturalmente a applicação da regra proposta para este effeito pela convenção ao caso em que, por virtude de mudança de nacionalidade, o regimen da tutela venha a mudar» <sup>1</sup>.

As auctoridades locaes não são, porém, competentes apenas para organizar uma tutela provisoria na falta ou impossibilidade das auctoridades nacionaes. É-lhes conferida compe-

---

<sup>1</sup> *Actes III*, pag. 104.

tencia para tomar as providencias necessarias antes de ser organizada a tutela ou em qualquer caso urgente. Assim o dispõe o art. 7.º da convenção:

*Emquanto se não organizar a tutela, bem como em todos os casos urgentes, poderão as auctoridades locais adoptar as providencias necessarias para a protecção da pessoa e dos interesses do estrangeiro de menor idade.*

Esta disposição é dictada pelo espirito de protecção aos menores estrangeiros. E tornava-se tanto mais necessaria, quanto é certo que pode haver demora na organização da tutela pelas auctoridades nacionaes e que esta tutela pode ser organizada em país differente daquelle em que reside o menor.

Em qualquer dos casos, pode a protecção da pessoa do menor ou dos seus interesses exigir medidas urgentes que só as auctoridades locais podem praticar. Estas medidas serão naturalmente as permittidas pela lei local, á semelhança do que acontece com as medidas provisórias permittidas pela convenção sobre o divorcio e separação de pessoas (art. 6.º), e por argumento do art. 3.º, donde se infere que, quando ás auctoridades locais é confiada a protecção de menores estrangeiros, devem essas auctoridades proceder em harmonia com a lei local.

169. 2.º) *Deferimento, modo de organização e fiscalização da tutela.* A tutela abre-se sempre pelas causas determinadas pela lei nacional, mas, segundo é organizada pelas auctoridades nacionaes (o que constitue a regra) ou pelas auctoridades locais (o que representa uma excepção), assim varia a lei que preside á organização e exercicio da tutela.

Se a tutela é organizada pelas auctoridades nacionaes, a sua constituição e exercicio são regulados pela lei nacional, e portanto por esta lei se determinará o modo de nomeação do

tutor e, conseguintemente, se este ha de ser testamentario, legitimo ou dativo, e pela mesma lei se determinarão as entidades (conselho de familia, protector, etc.) que com elle devem cooperar no exercicio da tutela. É o que resulta do principio geral, formulado pelo art. 1.º da convenção, de que a tutela dos menores é regulada pela sua lei nacional.

Se a tutela é organizada pelas auctoridades locaes, determina o art. 3.º que ella seja estabelecida e exercida em conformidade da lei do logar e porisso por esta lei se determinarão o modo de nomeação do tutor e as demais entidades constitutivas da mesma tutela.

Nem todas as pessoas estão, porém, nas condições de ser tutores e nem todas estão obrigadas a aceitar o encargo da tutela, e porisso estabelecem as legislações causas de incapacidade para exercer a tutela, assim como regulam a exclusão, remoção e excusas dos tutores, e porisso importa determinar qual a lei competente para regular cada um destes assumptos.

As incapacidades, exclusão e remoção dos tutores são evidentemente estabelecidas em beneficio dos menores e porisso devem ser reguladas pela lei que preside á organização da tutela como instituição de protecção dos mesmos menores.

Sendo assim, se a tutela fôr organizada pelas auctoridades nacionaes, como é a lei nacional que preside á sua organização, pela lei nacional se determinarão tambem as incapacidades e as causas de exclusão ou de remoção dos tutores.

Se, porém, a tutela fôr organizada pelas auctoridades locaes, porque a convenção manda que, em tal caso, a mesma tutela seja *estabelecida* em conformidade da lei local, por esta lei se determinarão as causas de incapacidade, exclusão e remoção dos tutores. Com a competencia para organizar a tutela, desloca-se a lei reguladora da protecção do menor, cabendo, porisso, á nova lei medir os limites dessa protecção.

Comtudo, as causas de excusa dos tutores como meios de evitar o encargo da tutela, são principalmente estabelecidas em beneficio dos tutores e porisso já não entram no dominio geral da lei reguladora da tutela como lei de protecção dos menores. Qual, pois, a lei que deve regulá-las?

Nas suas observações ao projecto de programma da terceira conferencia, propunha a Hungria esta disposição: «A capacidade para ser tutor é regulada pela lei nacional do menor. O dever de ser tutor é regulado pela lei nacional do tutor»<sup>1</sup>. A commissão de 1900, se bem que considerasse a questão, não a resolveu, limitando-se a dizer o seguinte: «Deve signalar-se uma questão levantada numa das propostas da Hungria. Trata-se de saber se convem invocar a lei nacional do menor para regular a obrigação de assumir o mandato de tutor. No pensar da commissão, deve a questão ser resolvida negativamente. Quanto, porém, a decidir se a obrigação de que se tracta deve ser determinada pela lei nacional do tutor ou pela lei do lugar onde a tutela é exercida, julga a commissão que semelhante difficuldade está fora do quadro da sua missão»<sup>2</sup>.

Em face desta passagem do relatorio, deve considerar-se excluida a competencia da lei nacional do menor e deverá ainda pensar-se que a convenção não resolve a questão. Terá, pois, esta de resolver-se segundo os principios geraes, excluindo sempre a competencia da lei nacional do menor. Resta assim a escolha entre a lei nacional do tutor e a lei do lugar do exercicio da tutela. Por qual optar? Por um lado, a excusa é uma garantia para o tutor e porisso parece logitima a competencia da sua lei nacional. Mas, por outro lado, o exercicio

---

<sup>1</sup> *Documents III*, pag. 52.

<sup>2</sup> *Actes III*, pag. 104.

da tutela representa o cumprimento dum dever civico, pelo que a imposição ou a isenção de tal dever parecem estar subordinadas á lei do logar do exercicio da tutela como lei de ordem publica. E será porventura esta a resolução mais harmonica com a natureza e destino da tutela.

## § II

### Administração da tutela

SUMMARIO : — 170. Unidade da administração da tutela. — 171. Poderes do tutor quanto á pessoa do menor. — 172. Poderes do tutor quanto aos bens do menor. — 173. Responsabilidade do tutor. — 174. Esphera de applicação da convenção.

170. A tutela destina-se á regencia da pessoa do menor e á administração dos seus bens e porisso precisa de ser exercida onde quer que o menor se encontre e onde quer que os seus bens estejam situados, ainda mesmo fóra do país onde tenha sido constituída. Só assim poderá tornar-se effectiva e ser efficaz a protecção dos menores sujeitos a tutela.

E este principio da *unidade da administração tutelar* é geralmente reconhecido, podendo a tutela ser exercida fóra do país em que tenha sido constituída, sem a necessidade de qualquer *exequatur* por parte dos tribunaes estrangeiros para a confirmação dos poderes do tutor <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> O principio da unidade da administração tutelar não é, porém, reconhecido pelo direito anglo-americano. Em rigor, segundo este direito, os tutores nomeados no estrangeiro não têm competencia no país, sendo necessario nomear tutor especial para quaesquer actos que, no interesse dos menores, no país se torne necessario praticar. Contudo, a pratica

Foi o mesmo principio acceito no art. 6.º da convenção nestes termos:

*A administração tutelar abrange a pessoa e a totalidade dos bens do menor, qualquer que seja o logar da sua situação.*

*Esta regra é susceptivel de excepção quanto aos immoveis collocados pela lei da sua situação sob um regimen territorial especial.*

Á parte, pois, a réserva estabelecida quanto á administração dos bens collocados pela lei da situação sob um regimen pre-dial especial, consignou a convenção o systema da unidade da administração tutelar, sem exigir a confirmação dos poderes do tutor por parte das auctoridades dos estados contractantes.

171. 3.º) *Atribuições e competencia do tutor.* O exercicio da tutela desdobra-se em duas ordens de attribuições para o tutor, umas relativas á pessoa, e outras respeitantes aos bens do menor.

Nas attribuições relativas á pessoa do menor comprehendem-se as obrigações de o educar ou fazer educar, alimentar e tratar conforme a sua condição, e bem assim de o corrigir pelas suas faltas.

Por que lei deverá determinar-se a amplitude dos poderes do tutor sob este ponto de vista?

Em geral, deverá regular a lei da tutela, pois todas as

---

vae modificando o rigor do systema. Assim, na Inglaterra, já se reconhece aos tutores nomeados no estrangeiro o direito de exercerem os seus poderes relativamente á pessoa do menor e aos seus bens moveis. Quanto aos immoveis, mantem-se o principio, mas os tribunacs ingleseos quasi sempre escolhem os tutores já nomeados no estrangeiro (AUDINET, *ob. cit.*, pag. 538; DIECY, *Le statut personnel anglais*, vol. 1, pagg. 138 e segg.).

attribuições do tutor se fundam no interesse do mesmo menor, e porisso entram naturalmente no dominio da lei que preside á organização da tutela. Apenas será limitada a competencia da lei da tutela quanto ao direito de correção, cujo exercicio, revestindo caracter penal, não poderá exceder os limites marcados na lei local, como lei de ordem publica.

Em face da convenção, a solução é variavel. Se a tutela é organizada pelas auctoridades nacionaes, applica-se a lei nacional e as attribuições do tutor são reguladas por esta lei (art. 1.º). Se a tutela fôr organizada pelas auctoridades locaes, como a tutela é exercida em conformidade da lei local, por esta lei serão determinadas e reguladas as attribuições do tutor (art. 3.º).

E ainda pela lei nacional ou pela lei do estado cujas auctoridades organizarem a tutela será exclusivamente regulado o direito de correção, pois, tornando a convenção competente sem restricções uma ou outra lei para regular o exercicio da tutela, deverá intender-se que quis reconhecer o direito de correção tal como se encontra estabelecido em qualquer dessas leis e não quis sujeita-lo á lei do logar onde fôr exercida a tutela. Certamente, procedeu assim porque o direito de correção é moderado segundo a legislação de todos os estados contractantes e pode sem inconveniente ser exercido em qualquer desses estados em harmonia com a legislação dos outros estados.

172. Relativamente aos bens, compete ao tutor administrar e defender o patrimonio do menor segundo os poderes que lhe forem conferidos pela lei reguladora da tutela.

Esta lei será ou a lei nacional ou a lei do estado onde a tutela tiver sido organizada, segundo os casos, e em harmonia com o que deixamos dicto a respeito da determinação da lei

reguladora das attribuições do tutor quanto á pessoa do pupillo.

E, assim, a lei da tutela determinará as condições em que os bens podem ser alineados, bem como determinará as *formalidades habilitantes* necessarias para a sua alienação, como, por exemplo, a auctorização do conselho de familia, do tribunal, etc.

As *formalidades extrinsecas* serão, porém, reguladas pela lei do logar da celebração dos actos praticados pelo tutor no interesse do menor, ou ainda deverão ser reguladas pela lei da tutela? As conferencias não se referiram ao assumpto, não tiveram em mente resolver a questão, e porisso deve entender-se que prevalece o principio fundamental ácerca da fórmula externa dos actos juridicos, expresso na fórmula — *locus regit actum*.

O principio da unidade da administração tutelar pode ter, porém, uma excepção, nos termos da alinea 2.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup>, quanto aos bens immoveis collocados pela lei da sua situação sob um regimen territorial especial.

A alinea 2.<sup>a</sup> do art. 6.<sup>o</sup> significa, segundo se deixa ver da deliberação da conferencia de 1894<sup>1</sup>, do projecto de programma da conferencia de 1900<sup>2</sup>, dos relatorios das commissões de 1894<sup>3</sup> e 1900<sup>4</sup>, e da discussão em assembleia geral sobre o assumpto na conferencia de 1900<sup>5</sup>, que a lei do país da situação dos bens immoveis pertencentes ao menor estrangeiro pode subtrair esses bens á administração geral

<sup>1</sup> *Actes II, Protocollò final*, pag. 4.

<sup>2</sup> *Documents III*, pag. 103.

<sup>3</sup> *Actes II*, pag. 113.

<sup>4</sup> *Actes III*, pag. 104.

<sup>5</sup> *Actes III*, pag. 99.

dos bens do menor e submittê-los ao regimen tutelar por ella estabelecidos, se se tratar de bens que por essa lei estejam submittidos a um regimen predial especial, isto é, a lei da situação pode determinar que taes bens sejam administrados por um tutor ou por um curador nomeado nos termos por ella estabelecidos. E assim poderá acontecer se, por exemplo, os bens immoveis do menor estiverem sujeitos ao regimen especial estabelecido para os bens de familia ou de qualquer outra collectividade.

Se, pois, a lei-da situação não formula um regimen especial, não poderão os immoveis do menor ser subtraídos á administração geral da tutela.

173. Na administração da tutela, pode o tutor prejudicar os interesses do menor, constituindo-se em responsabilidade para a reparação dos prejuizos causados, e porisso importa determinar a lei reguladora das responsabilidades do tutor.

Na conferencia de 1894, propôs o delegado suiso ROGUIN que, á enumeração dos assumptos regulados pela lei nacional segundo o art. 1.º do projecto da commissão, sé accrescentasse — *a responsabilidade do tutor*. Ás observações de ROGUIN responderam, porém, DE MARTENS, delegado russo, e BLOKLAND, delegado hollandês, que a fórmula — *attribuição e competencia do tutor* — do projecto da commissão visava evidentemente tambem a responsabilidade do tutor, pelo que ROGUIN retirou a sua proposta <sup>1</sup>.

Mostra, assim, a discussão do assumpto na conferencia de 1894 que a responsabilidade do tutor é regulada pela lei da tutela, e portanto ou pela lei nacional do menor, se a tutela fôr organizada pelas auctoridades nacionaes, ou pela lei do

<sup>1</sup> *Actes II*, pag. 93.

Dir., 19.ª CAD.

país de residencia habitual do menor, se a tutela fôr organizada pelas auctoridades deste Estado.

Daqui deriva o importante corollario de que será pela lei nacional do menor ou pela lei do país de residencia habitual, consoante os casos, que deverá determinar-se se o pupilo tem ou não hypotheca legal sobre os bens do tutor para garantia da responsabilidade em que o mesmo tutor porventura incorra na administração do patrimonio do menor.

174. O art. 9.º da convenção determina a sua esphera de applicação nestes termos:

*A presente convenção não se applicará senão á tutela dos menores que forem subditos ou cidadãos de um dos estados contractantes, e tiverem a sua residencia habitual no territorio dum desses estados.*

*Os artt. 7.º e 8.º da presente convenção serão comtudo applicaveis a todos os menores que forem subditos ou cidadãos dos Estados contractantes.*

A esta disposição ainda deve acrescentar-se a da primeira parte do art. 10.º, onde se determina que a convenção é applicavel somente aos territorios europeus dos estados contractantes.

Vê-se assim que a applicação da convenção, quanto á organização e exercicio da tutela está subordinada a duas condições: 1.º) de se tratar dum menor que seja subdito dum dos estados contractantes; 2.º) de o mesmo menor ter a sua residencia habitual no territorio europeu dum desses estados. Fóra destas condições, applicará cada estado as regras de direito internacional privado formuladas pela sua legislação ou acceitas pela sua jurisprudencia, sendo, comtudo, de presumir que a pratica geral se aproxime das disposições da convenção, que se orientou pelo pensamento scientifico do Instituto de direito internacional e garante efficazmente os interesses dos menores.

---

Relativamente, porém, ás providencias necessarias para a protecção da pessoa e dos interesses de menores estrangeiros, que, segundo o art. 7.º, devem ser adoptadas pelas auctoridades do país onde os menores se encontrarem, assim como relativamente ás informações que, nos termos do art. 8.º, as mesmas auctoridades devem transmittir ás auctoridades nacionaes, para que estas procedam á organização da tutela, applica-se a convenção a todos os menores subditos dos Estados contractantes que se encontram no territorio europeu dos mesmos estados.

---

## CAPITULO III

### Processo civil — Convenção de 17 de julho de 1905 <sup>1</sup>

SUMMARIO: — 175. Necessidade de referir, a par com as disposições da convenção sobre processo civil, algumas noções de direito internacional judiciario. — 176. Os estrangeiros e o direito de acção. Tendencia para a sua equiparação aos nacionaes. — 177. Direito português. — 178. Territorialidade das jurisdicções nos estados de civilização europeia. — 179. Jurisdicções pessoaes nos estados de capitulações. — 180. Tribunaes mixtos do Egypto e tribunaes internacionaes de Siam. — 181. Regimen juridico internacional da acção judiciaria. Lei reguladora da capacidade para estar em juizo e da determinação dos meios de prova. — 182. Comunicação internacional de actos judiciarios e extra-judiciarios. Meios de a realizar segundo a convenção de 1905. — 183. Rogatorios internacionaes. Seu regimen segundo a convenção. — 184. A sentença e a applicação do direito estrangeiro. — 185. Execução de sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros.

**175.** A convenção sobre processo civil não abrange o direito internacional judiciario em todos os seus aspectos. Limita-se a

---

<sup>1</sup> *Actes I*, pagg. 55 e 63; *Actes II*, pagg. 34, 51, 53, 54 e 103; *Actes IV*, pagg. 65, 77, 84, 100 e 145; *Documents IV*, pagg. 2 e 165; FEDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Bologna, 1905; CONTUZZI, *Convention de la Haye concernant la codification du droit international privé*; WEISS, *ob. cit.*, tom. v; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 313 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 371 e segg.; PILLET, na *R. D. I. Pr. et Dir. Pen. Int.*, 1905, pagg. 61 e 434; BARITN, *Études sur les effets internationaux des*

estabelecer o regimen juridico internacional de alguns capitulos de processo em que se torna mais facil o accordo dos estados, e assim é que apenas se occupa: 1.º da communicação de actos judiciaes e extrajudiciaes; 2.º das cartas rogatorias; 3.º da caução *judicatum solvi*; 4.º da assistencia judiciaria gratuita; 5.º e da prisão por dividas.

Apresentaremos, porisso, as noções de direito internacional judiciario indispensaveis para bem medir o alcance das disposições da convenção e mesmo para esboçar as linhas geraes daquelle ramo do direito internacional. Desde que a convenção não representa um trabalho de conjuncto, necessario se torna formular a derivação logica das suas disposições e, ao mesmo tempo, indicar o largo campo de acção onde ainda tem que exercer-se a actividade diplomatica para estabelecer a desejavel uniformidade do direito internacional judiciario nas relações dos estados contractantes.

#### 176. O reconhecimento de direitos aos estrangeiros na medida

*jugements*, tom. I, Paris, 1907; Sr. dr. CHAVES E CASTRO, *Organização e competencia dos tribunaes de justiça*, pagg. 636 e segg.; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Execução extraterritorial das sentenças*; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo ordinario civil e commercial*, tom. I, pagg. 170 e segg.; Sr. dr. E. DA SILVA CARVALHO, *Manual do processo das pxeções*, vol. I, pagg. 101 e segg.; etc.

A convenção de 17 de julho de 1905, relativa ao processo civil, foi approvada, como dissemos, pela lei de 17 de setembro de 1908 e foi ratificada por carta regia de 31 de março de 1909. O instrumento de ratificação foi depositado na Haya no dia 24 de abril do mesmo anno simultaneamente com os instrumentos de ratificação da Allemanha, Austria-Hungria, Belgica, Dinamarca, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Noruega, Russia, Suecia e Suissa, substituindo assim a convenção de 14 de novembro de 1896 e o protocollo adicional de 27 de maio de 1897 nas relações de Portugal com todos estes estados.

necessaria para elles praticarem com efficaz segurança o commercio internacional de character privado determinou logicamente a admissão dos estrangeiros a fazer valer perante os tribunaes locais as faculdades juridicas que lhes são concedidas, isto é, o *direito de acção*, como meio de tornar effectivo o systema de garantias de que as leis locais, os tratados ou o costume internacional cercam a sua individualidade. Com effecto, em todos os países civilizados os estrangeiros têm, com maior ou menor amplitude, accesso aos tribunaes, e a tendencia para os equiparar aos tribunaes no gozo de direitos privados traduz-se naturalmente no principio da egualdade duns e doutros perante a administração da justiça.

Esta tendencia para equiparação entre nacionaes e estrangeiros é revelada pela convenção sobre processo civil nos tres pontos relativos á *caução judicatum solvi*, á assistencia judiciaria gratuita e á prisão por dividas.

Quanto á *caução judicatum solvi*, dispõe a convenção: «Nenhuma caução ou deposito, sob qualquer denominação, pode ser exigido, com fundamento na qualidade de estrangeiro ou na falta de residencia ou de domicilio no país, aos nacionaes dum dos estados contractantes que, tendo o seu domicilio num desses estados, fôrem auctores ou assistentes em processos perante os tribunaes de outros dos mesmos estados. A mesma regra se applicará ao preparo que fôr exigido aos auctores ou assistentes para garantir as custas judiciaes» (art. 17.<sup>o</sup>).

O regimen da assistencia judiciaria gratuita é determinado pela convenção do modo seguinte:

1.<sup>o</sup>) Os cidadãos de cada um dos Estados contractantes serão admittidos em todos os outros estados contraentes a gosar do beneficio da assistencia judiciaria gratuita, como os nacionaes, desde que se conformem com a legislação do estado onde reclamarem a assistencia judiciaria gratuita (art. 20.<sup>o</sup>).

2.<sup>o</sup>) Em todos os casos, o certificado ou a declaração de

indigencia deve ser passado ou authenticada pelas auctoridades da residencia habitual do estrangeiro, ou, na falta desta, pelas ductoridades da sua residencia actual No caso destas auctoridades não pertencerem a um estado contractante e não authenticarem ou passarem certificados ou declarações desta natureza, bastará um certificado ou uma declaração passado ou authenticada por agente diplomatico ou consular do país a que pertencer o estrangeiro (art. 21.º, alinea 1.ª) <sup>1</sup>.

3.º) Se o requerente não residir no país onde a petição fôr formulada, o certificado ou a declaração de indigencia será legalizado gratuitamente por um agente diplomatico ou consular do país onde o documento houver de ser apresentado (art. 21.º, alinea 2.ª)

4.º) A auctoridade competente para passar o certificado ou authenticar a declaração de indigencia poderá solicitar das auctoridades dos outros estados contractantes informação sobre as condições de fortuna do requerente (art. 22.º, alinea 1.ª).

5.) A auctoridade encarregada de resolver sobre o pedido de assistencia judiciaria gratuita conserva, nos limites das suas attribuições, o direito de verificar a exactidão dos certificados, declaração e informação que lhe são apresentados (art. 22.º, alinea 1.ª).

O principio de equiparação em materia de prisão por dividas foi sancionado nos termos seguintes: 1.º) A prisão por dividas,

---

<sup>1</sup> A convenção fala em *certificados e declarações*, em harmonia com os dois systemas seguidos pelas legislações dos estados quanto á justificação da indigencia. Algumas legislações, como a nossa (Lei de 21 de julho de 1899, art. 4.º), exigem a apresentação de *certificados* de indigencia, e outras, como a belga (Comuzzi, *ob. cit.*, pag. 184) consideram bastante uma *declaração* feita pelo interessado, declaração que, quando admittida, deve, nos termos da convenção, ser recebida e authenticada pelas auctoridades dos estados contractantes onde o interessado tenha a sua residencia habitual ou actual.

quer como meio de execução, quer como providencia conservatoria, não poderá, em materia civil ou commercial, ser applicada a estrangeiros pertencentes a um dos Estados contractantes nos casos em que não fôr applicavel aos nacionaes (art. 24.º, 1.ª parte); 2.º) qualquer facto que puder ser invocado por um nacional, domiciliado no país, para obter a saída da prisão, deverá surtir o mesmo effeito a favor do cidadão dum estado contractante, ainda quando esse facto tenha occorrido no estrangeiro (art. 24.º, 2.ª parte).

177. As leis portuguezas, assim como reconhecem aos estrangeiros, em principio, os mesmos direitos privados que aos nacionaes, assim tambem lhes facultam, sem necessidade da *cautio judicatum solvi*, o recurso aos tribunaes para a defcisa dos direitos que tão liberalmente lhes concederam, como se vê dos artt. 25.º e 29.º do codigo civil, 16.º e 20.º do codigo do processo civil, 5.º do codigo commercial, e 8.º do codigo do processo commercial.

Da leitura daquelles differentes artigos infere-se que é necessario considerar duas hypotheses geraes — a hypothese de obrigações contraídas entre *estrangeiros* e *nacionaes* e a hypothese de obrigações contraídas entre *estrangeiros* e *outros estrangeiros*. E qualquer destas hypotheses ainda pode offerecer duas variantes, segundo as obrigações fôrem contraídas *no reino ou fóra do reino*.

a) *Obrigações contraídas no reino entre estrangeiros e nacionaes*. Nesta hypothese pode ainda o portuguez ou o estrangeiro estar domiciliado no reino ou fóra do reino. No primeiro caso, o estrangeiro demanda o portuguez no fôro do seu domicilio; no segundo, somente pode demandá-lo se elle fôr encontrado no reino, sendo competente o juizo do logar em que fôr encontrado (codigo civil, art. 25.º, codigo do processo civil, artt. 16.º e 20.º). Reciprocamente, pode um estrangeiro ser demandado

por um português no fóro do domicilio, ou no lugar em que fôr encontrado, quando não domiciliado no reino. Se o português ou estrangeiro estiver domiciliado fóra do reino e cá não fôr encontrado, cessa a competencia das justiças portuguezas.

b) *Obrigações contraídas entre estrangeiros e nacionaes fóra do reino.* Os estrangeiros podem, nesta hypothese, demandar os portuguezes, se estes tiverem domicilio no reino ou ali fôrem encontrados, e reciprocamente os portuguezes podem demandar os estrangeiros dando-se as mesmas circumstancias. A solução é identica á da hypothese anterior (codigo commercial, art. 5.º e codigo do processo commercial, art. 8.º).

c) *Obrigações contraídas entre estrangeiros e outros estrangeiros no reino.* Um estrangeiro pode demandar perante as justiças portuguezas outro estrangeiro quando este fôr encontrado no reino ou ahi tenha domicilio (codigo civil, art. 29.º, codigo commercial, art. 5.º e codigo do processo commercial, art. 8.º).

d) *Obrigações contraídas entre estrangeiros e outros estrangeiros fóra do reino.* Nesta hypothese, que não é visada por nenhum dos artigos dos codigos civil, commercial, do processo civil e do processo commercial relativos á competencia dos tribunaes portuguezes quanto a estrangeiros, parece que um estrangeiro nunca poderá demandar outro estrangeiro perante as justiças portuguezas, e assim o intendia, por exemplo, o dr. DIAS FERREIRA<sup>1</sup>. Comtudo o art. 25.º do codigo civil, que confere aos portuguezes o direito de demandar outros portuguezes perante as justiças de Portugal por obrigações contraídas em país estrangeiro quando o sujeito da obrigação tenha domicilio no reino, combinado com o art. 26.º do mesmo codigo, que concede aos estrangeiros os mesmos direitos civis

---

<sup>1</sup> *Codigo civil anotado*, 2.ª ed., tom. 1, pag. 41, e *Codigo do processo civil anotado*, tom. 1, pag. 47.

que aos portuguezes, e ainda com o art. 16.º do código do processo civil, que estabelece o principio geral da competencia do fóro do domicilio do reu para a exigencia do cumprimento das obrigações, auctoriza a opinião de que um estrangeiro pode demandar outro estrangeiro em Portugal por obrigação contraída fóra do reino, quando o sujeito da obrigação cá tenha o seu domicilio. E esta opinião tem em seu apoio a ponderosa consideração de que a negação de justiça aos estrangeiros em caso de obrigação entre elles contraída fóra do reino, embora neste domiciliados, contraria o modo de ser actual da sociedade internacional, pois que os estados civilizados vivem em estreita solidariedade e devem, não por uma razão de cortesia, mas por uma obrigação de direito, protecção juridica aos estrangeiros e os seus tribunaes devem funcionar como orgãos da comunidade internacional para defender os direitos dos individuos que se encontrem na esphera da sua jurisdicção. Só assim terá o homem garantida a sua individualidade juridica dentro dos estados civilizados. Além disso, dada a regra geral da competencia do fóro do domicilio para a exigencia do cumprimento das obrigações, poderia resultar de semelhante negação de justiça a iniqua consequencia de o sujeito do direito não poder demandar em parte alguma o sujeito da obrigação e a iniquidade deve evitar-se sempre que contra ella se possam intender as leis.

177. O direito internacional tem evoluçionado no sentido do desinvolvimento progressivo do principio da personaldade das leis para o effeito da sempre melhor protecção do individuo nas relações internacionaes, e da affirmacção tambem progressiva da territorialidade das jurisdicções, representando esta segunda tendencia o resultado de as jurisdicções constituirem uma das manifestações da soberania e porisso a sua organizaçção entrar logicamente no dominio das leis de ordem publica.

A territorialidade das jurisdicções pode, com effeito, dizer-se um facto consummado nos estados de civilização europeia, firmando-se o principio hoje dominante de que, nestes paizes, os estrangeiros estão submettidos, como os nacionaes, ás justizaças locaes.

Só excepcionalmente os consules ou os agentes diplomaticos exercem attribuições judiciais nos estados christãos e apenas podem exercê-las quando lhas confira o estado que representam e o seu exercicio seja consentido pelo estado local.

Estas attribuições exceptionaes reduzem-se approximadamente ao seguinte. Em materia civil ou commercial podem os consules: 1.º resolver por conciliação ou por arbitragem as questões levantadas entre os seus nacionaes<sup>1</sup>; 2.º podem decidir as controversias entre capitães ou officiaes e marinheiros, quando respeitantes a relações juridicas referentes á navegação, como são, por exemplo, as questões relativas ao pagamento de salarios aos marinheiros<sup>2</sup>; 3.º e intervêm nas successões e na constituição da tutela dos nacionaes para a conveniente defesa dos seus direitos<sup>3</sup>. Em materia criminal reduzem-se as attribuições dos consules em geral: 1.º ao julgamento das faltas de disciplina commettidas a bordo dos navios de commercio nacionaes ancorados nos portos sujeitos á jurisdicção consular, quando nesses portos não estacione algum navio da armada do seu país, pois, em tal caso, pertence ao seu commandante aquelle julgamento<sup>4</sup>; 2.º á instrucção dos processos penaes relativos a crimes communs ou maritimos,

---

<sup>1</sup> Reg. cons., artt. 175.º e 176.º

<sup>2</sup> Dec. de 1 de dezembro de 1892, art. 8.º; dec. de 18 de abril de 1895, art. 7.º; e regul. de 1 de dezembro de 1882, artt. 8.º, 85.º e 221.º a 223.º

<sup>3</sup> Reg. cons., artt. 68 e segg.

<sup>4</sup> Código penal da marinha mercante, artt. 17.º, 19.º, 47.º, n.º 3.º, 50.º e 60.º; Reg. cons., artt. 177.º e 178.º

commettidos quer no alto mar a bordo dos navios nacionaes, quer a bordo desses navios nos portos da sua jurisdicção, quando não seja perturbada a tranquillidade do porto ou nelles não tomem parte pessoas estranhas aos navios <sup>1</sup>; 3.º) e ás providencias necessarias para transportar com a devida segurança os accusados pelos crimes indicados e as peças dos respectivos processos para o país e porto do navio, para ahi se fazer o julgamento <sup>2</sup>.

Como se vê, as excepções ao principio da sujeição ás justigas territoriaes são leves e mais apparentes que reaes, pois que a conciliação e o juizo arbitral não entram propriamente no exercicio normal da jurisdicção, a intervenção nas successões e na constituição das tutelas é mais um acto administrativo que de jurisdicção, as questões suscitadas nos navios estranhos entre capitães e officiaes ou marinheiros em nada interessam ao estado local, e os delictos ou crimes commettidos a bordo dos mesmos navios, ou porque são leves faltas de disciplina, ou porque não perturbam a tranquillidade do porto, ou ainda porque para a sua pratica não concorre a participação dum subdito local ou de pessoa que eventualmente se encontre no navio, não affectam as condições de existencia desse estado e não exigem rigorosamente actos de reacção defensiva por parte das auctoridades locais.

178. O que nos estados christãos é uma apparente excepção, torna-se nos estados não christãos um principio real e positivo. Ahi exercem os consules funcções jurisdiccionaes, tanto em materia civil ou commercial como em materia criminal, em relação aos seus nacionaes, por uma evidente limitação da

---

<sup>1</sup> Reg. cons., artt. 177.º e 179.º a 182.º

<sup>2</sup> Reg. cons., artt. 180.º a 182.º

soberania territorial. A respeito de taes países, não soffreu a instituição consular a transformação evolutiva que a privou do seu character de instituição judiciaria, sendo assim hoje os consules juizes dos seus nacionaes, os quaes gosam, até certo ponto, do privilegio de exterritorialidade judiciaria.

A jurisdicção consular nos países não christãos, como a Turquia e estados muçulmanos, a Persia, o Siam, a China, a Corôa, etc., deriva das differenças de civilização entre esses estados e os estados christãos, das poucas garantias offerecidas pela sua organização politica e judicial, da sua animadversão pelos estrangeiros e da negação aos mesmos estrangeiros da participação na sua communitade juridica, por vszes identificada com a communitade religiosa <sup>1</sup>, circumstancias que obrigaram os estados civilizados a procurar os meios de proteger juridicamente os direitos dos seus subditos, encontrando-se um desses meios na isenção das justças locaes e consequente submissão á auctoridade das leis e dos tribunaes da sua nação, isenção consagrada ou por tratados, a que se dá, principalmente aos celebrados com o imperio ottomano, o nome de *capitulações*, ou por usos e praticas firmemente estabelecidos. Regulada em primeiro logar aquella jurisdicção entre os estados de civilização europeia e a Turquia e estabelecida depois em bases fundamentalmente semelhantes nos demais estados de civilização não europeia, é informada, em todos os países onde existe; por alguns principios communs, que vamos expôr syntheticamente, para definirmos, dum modo geral, as attribuições judiciarias dos consules fóra dos países da christandade.

A competencia judiciaria dos consules desdobra-se naturalmente em competencia civil ou commercial e competencia cri-

---

<sup>1</sup> PÉLISSIÉ DU RAUSAS, *Me régime des capitulations dans l'Empire Ottoman*, tom. I e II, Paris, 1902-1905.

minal, e, porisso, apresentaremos separadamente os principios que a regulam sob os dois aspectos.

*Em materia civil ou commercial* é determinada a competencia em harmonia com os seguintes principios:

a) As causas entre estrangeiros da mesma nacionalidade são julgadas pelos consules do seu país;

β) As causas entre estrangeiros de differente nacionalidade são da competencia do consul do país do reu, pela applicação do principio: *actor sequitur forum rei*. É, porém, de notar que uma convenção concluida, por troca de *notas*, em 1820 entre a Austria, a França, a Inglaterra e a Russia, e a que depois adheriram todas as missões diplomaticas acreditadas em Constantinopla, creou nos países do Levante commissões mixtas para o julgamento dos pleitos entre christãos de differente nacionalidade. Estas commissões deviam ser compostas de dois juizes do país do reu e um do país do auctor, todos de nomeação das respectivas legações. E, embora esta convenção fôsse apenas *verbal*, não chegando a ser reproduzida num protocollo regularmente ratificado, e, porisso, se intendesse que a jurisdicção daquellas commissões não era obrigatoria e que os subditos das nações christãs podiam recusar-se a comparecer perante ellas, a verdade é que ella constituiu um accordo internacional, cuja utilidade a recommendou ás potencias, e que até 1864 as commissões mixtas funcionaram como tribunales de justiça nas relações entre estrangeiros de differente nacionalidade. Contudo, as commissões mixtas apenas funcionaram em Constantinopla, sendo seguido nas demais cidades do imperio ottomano o systema do julgamento pelo consul do reu, o unico praticado depois de 1864.

γ) As causas entre um subdito duma nação christã e um indigena são da competencia do consul ou das justicas locais, consoante a nacionalidade do reu, applicando-se ainda o principio *actor sequitur forum rei*. Este principio tem, contudo,

limitações firmadas nos usos ou nos tratados, que sempre devem ser tidos em consideração. Indicaremos como característico o que se passa na Turquia, na China e em Siam.

Na Turquia, apesar das divergencias levantadas entre a Porta e as potencias sobre se, segundo as capitulações, as questões entre estrangeiros e indigenas eram da competencia das jurisdicções ottomanas ou das jurisdicções consulares, foi consagrado pelo uso o principio de que eram as jurisdicções turcas as normalmente competentes para aquellas questões. O principio é, porém, attenuado por quatro modificações importantes tendentes a assegurar os direitos dos estrangeiros. A primeira deriva da existencia de tribunaes de commercio mixtos, creados em 1860 em Constantinopla e nas principaes cidades do imperio, compostos de cinco membros, tres turcos, o presidente e dois assessores, e dois assessores estrangeiros nomeados pelo consul respectivo, competentes para todas as questões commerciaes, bem como para as civeis de valor superior a mil piastras, levantadas entre cidadãos ottomanos e estrangeiros. A segunda respeita ás questões referentes ao *estatuto pessoal*, que relativamente aos estrangeiros não muçulmanos compreende as regras relativas ao estado e á capacidade, á organização da tutela e da curatela, ao regimen matrimonial, ás successões e á liquidação da fallencia, questões attribuidas ás jurisdicções nacionaes dos interessados. A terceira está na necessidade da assistencia do consul ou dum *drogman* do consulado aos estrangeiros submettidos ás jurisdicções ottomanas, com o direito de suspender a marcha do processo, de visar e assignar as suas peças mais importantes, bem como de impedir a execução do julgamento. A quarta, finalmente, resulta da inviolabilidade do domicilio dos estrangeiros reconhecida pelas capitulações, por virtude da qual as auctoridades turcas não podem executar os mandados de justiça decretados ou as sentenças pronunciadas contra os estrangeiros sem a

assistencia ou auctorização da auctoridade consular. Estas restricções, se não egualam, approximam-se bastante da protecção inherente á jurisdicção consular.

Cumpre, porém, observar que, tendo a Porta concedido aos estrangeiros, pelo *firman* de 16 de junho de 1867, o direito de adquirirem bens immoveis urbanos ou ruraes em todo o imperio, menos na provincia de Hedjaz, equiparou relativamente a taes bens aos proprietarios ottomanos os proprietarios estrangeiros, submettendo, porisso, á jurisdicção dos tribunaes civis ottomanos as acções immobiliarias que interessem a estrangeiros, ainda da mesma nacionalidade.

Na China, as causas civeis ou commerciaes entre chinas e estrangeiros são julgadas conjunctamente pelos respectivos consules e pelas auctoridades chinas, os quaes, consules e auctoridades, procedem reunidos á investigacção do caso e o decidem applicando um e outras ou os principios da equidade, como dispõe o art. 35.º do tratado franco-chinês de 27 de junho de 1858, ou as leis do seu país, segundo a nacionalidade do reu, como estabelece o art. 31.º do tratado sino-português de 1 de dezembro de 1887. É ainda de notar que nas concessões-*settlements* de Shangae, a concessão franceza e a concessão internacional, ha os chamados *tribunaes mixtos*, formados por um juiz chinês e um juiz assessor estrangeiro, que representa o consul respectivo. Estes tribunaes, onde os assessores não tẽem voto deliberativo, julgam as causas entre chineses e estrangeiros quando os chineses fõrem reus<sup>1</sup>.

Em materia criminal prevalecem estas regras:

a) Os crimes commettidos por subditos duma nação christã contra os seus concidadãos são julgados pelo consul do seu país.

---

<sup>1</sup> *J. D. I. P.*, 1905, pagg. 850 e segg.; *Revue de droit international privé et de droit penal international*, 1906, pagg. 110 e segg.

β) Os crimes commettidos por estrangeiros contra outros estrangeiros são julgados pelo consul do offensor.

γ) Os crimes commettidos por estrangeiros contra indigenas são da competencia do consul do país do delinquente. Em alguns países, como a Turquia, o principio de direito é que, em taes casos, a competencia pertence aos tribunaes locaes, mas de facto attribue-se muitas vezes o julgamento aos consules. Ainda na Turquia, pela reforma judiciaria de 1856, deviam ser creados tribunaes correccionaes *mixtos* para o julgamento dos crimes commettidos por estrangeiros contra indigenas ou por indigenas contra estrangeiros. Estes tribunaes, estabelecidos em Constantinopla e na maior parte das grandes cidades do imperio, seriam compostos, por metade, de indigenas e de estrangeiros da nacionalidade da parte ou do accusado, devendo o consnl competente ou o seu interprete assistir ao julgamento, podendo intervir directamente no debate e devendo a sentença ser por elle approvada e referendada. Semelhantes tribunaes ainda não chegaram, porém, a funcionar.

Em harmonia com as regras estabelecidas, podem os consules julgar causas que interessem aos subditos locaes, assim como podem as auctoridades do país decidir questões que interessem aos estrangeiros, pelo que se estabeleceu um principio de mutua fiscalização, determinando-se nos tratados que, nas hypotheses referidas de os consules conhecerem de pleitos que affectem os indigenas ou de as justiças territoriaes julgarem questões que affectem os estrangeiros, essas auctoridades reciprocamente interfiram na instrucção e julgamento dos processos para a melhor garantia e defesa dos direitos dos seus nacionaes.

179. O regimen das capitulações ou das justiças consulares tem sido abolido em alguns países por as justiças locaes offererem garantias aos estrangeiros. Assim, foi abolido: no

Japão por virtude duma serie de tratados que começaram a vigorar em 1899; na Bosnia e na Herzegovina que, pelo tratado de Berlim de 13 de julho de 1878, passaram para a administração da Austria e a 7 de outubro de 1908 fôram annexadas a esta potencia; na ilha de Chypre, que pelo tratado de 4 de julho do mesmo anno, passou para a administração da Inglaterra; na Tunisia, depois de ahí ser estabelecido o protectorado da França; e em Zanzibar, em razão de este sultanato ser submettido ao protectorado da Inglaterra. Ainda o regimen das capitulações foi progressivamente abolido na Servia, Montenegro, Rumania e Bulgaria desde o tratado de Berlim de 1878, que emancipou da Turquia os tres primeiros estados e constituiu a Bulgaria em estado vassallo da Porta e previu o desaparecimento daquelle regimen mediante as devidas reformas e a celebração de tratados, que os mesmos estados mais ou menos concluíram.

Em outros países tem o regimen sido modificado, mais ou menos, no sentido de o attenuar ou de preparar a sua supressão. É o acontece com o Egypto e com o reino de Siam.

No Egypto foi o regimen das capitulações modificado pela criação de *tribunaes mixtos* de juizes indigenas e estrangeiros.

Por circumstancias diversas, como a falta dum governo central forte que pudesse fazer respeitar as leis e os tratados, a convergencia de cidadãos dos diversos estados civilizados para o exercicio do commercio, a grande facilidade com que os europeus podiam acolher-se sob a protecção deste ou daquelle consul, segundo lhes conviesse, e assim determinar, nas diversas causas, a lei particular por que deviam ser reguladas as suas obrigações, etc., produziu o regimen das capitulações no Egypto graves perturbações e abusos na administração da justiça, o que levou o khediva Ismail a pensar numa organização judiciaria nova que remediasse os males existentes. Começou por pedir á Porta o necessario consentimento para entrar em nego-

ciações com as potencias interessadas e, obtido elle, celebrou em 1869 com a Inglaterra, a Confederação da Allemanha do norte, a Austria, a França, a Italia, e a Hespanha, ás quaes se juntaram depois os Estados Unidos, uma convenção para effeito de realizar a reforma judiciaria baseada na organização de tribunaes mixtos. Foi para esse fim nomeada uma commissão internacional, a qual se reuniu no Cairo a 18 de outubro de 1869 e elaborou a reforma, que ficou concluida em 1874, foi promulgada pelo governo egypcio a 16 de setembro de 1875 e successivamente approvada pelos estados civilizados <sup>1</sup>.

A reforma creou tribunaes mixtos, tres de primeira instancia, no Cairo, em Alexandria e Zagazig (mais tarde em Ismaïla e hoje em Mansurah), e um de appellação em Alexandria.

Os tribunaes mixtos são compostos de magistrados estrangeiros e de magistrados indigenas, todos nomeados pelo goveroo egypcio, que, comtudo deve proceder em harmonia com as indicações dos governos estrangeiros, sendo estes, afinal, que realmente fazem a nomeação <sup>2</sup>.

Prepondera, porém, o elemento estrangeiro, pois, pela reforma de 1874-75, deviam os tribunaes de primeira instancia ser constituídos por sete juizes, quatro estrangeiros e tres indigenas, e o de segunda instancia de onze, sete estrangeiros e quatro indigenas; em 1905, por virtude de successivas ampliações, eram semelhantes tribunaes compostos, segundo informa RAUSAS, o do Cairo, de doze magistrados estrangeiros e seis indigenas, o de Alexandria (primeira instancia) de dez estrangeiros e seis indigenas, e o de Mansurah de seis estran-

---

<sup>1</sup> Pela lei de 18 de abril de 1876 foi o governo português auctorizado a suspender provisoriamente a jurisdicção consular no Egypto e a adherir por tempo limitado á nova reforma judiciaria proposta neste estado.

<sup>2</sup> Portugal tem actualmente tres juizes nos tribunaes mixtos. *Livro Branco*, 1889, *Nomeação dum juiz nos iribunaes mixtos do Egypto*; *Anuario diplomatico e consular*, 1906, pag. 103.

geiros e tres indigenas, e o de appellação de dez estrangeiros e cinco indigenas; e, actualmente a sua composição é, segundo a mesma ordem, treze e seis, doze e seis, cinco e trez, dez e seis <sup>1</sup>.

A presidencia dos tribunaes mixtos pertence a juizes indigenas. As funcções destes juizes são, porém, meramente honorificas, limitando-se ao direito de presidir, sem voto, ás reuniões para a eleição dos vice-presidentes e de tomar logar á frente do tribunal nas ceremonias publicas. As funcções de presidente são, de facto, desempenhadas por um magistrado estrangeiro, designado, em cada anno, pela maioria absoluta dos membros do tribunal, tanto indigenas como estrangeiros.

Junto de cada um dos tribunaes funcionam agentes do ministerio publico, a quem compete fiscalizar, no andamento dos processos, a observancia dos tratados diplomaticos e das leis internas do estado. Á magistratura do ministerio publico dá unidade um procurador geral, que deve ser um magistrado estrangeiro. Os seus ajudantes ou substitutos podem ser indi-

---

<sup>1</sup> Os estados signatarios da reforma judiciaria egypcia e representados nos tribunaes mixtos são as grandes potencias Allemanha, Austria-Hungria, Estados-Unidos, França, Inglaterra, Italia e Russia, e as potencias secundarias Belgica, Dinamarca, Grecia, Hespanha, Hollanda, Noruega, Portugal e Suecia. Cada uma das potencias signatarias é representada por dois juizes nos tribunaes de primeira instancia; cada uma das grandes potencias é representada por um juiz no tribunal de appellação; e as potencias secundarias são collectivamente representadas por um juiz neste tribunal. É, porém, de notar que a Grecia, por virtude da importancia dos seus interesses no Egypto, tem um representante no tribunal de appellação, e que actualmente as outras potencias secundarias são representadas por dois juizes. Como o tribunal de appellação pedisse ao governo egypcio mais um juiz, o governo attendeu o pedido, com a condição de o novo juiz ser escolhido de entre os representantes das potencias secundarias, recaíndo a escolha num juiz portuguez.

genas, a não ser que os estados que adheriram à reforma se tenham reservado o direito de exigir que um dos membros do ministerio publico seja escolhido entre os magistrados do seu país, como fizeram a França, a Allemanha, a Russia, etc., pois, em tal caso, esses países deverão ter representação na magistratura do ministerio publico junto dos tribunaes mixtos.

Os tribunaes mixtos foram installados em 1875, começaram a funcionar em 15 de fevereiro de 1876 e, segundo o regulamento de organização judiciaria de 1874 elaborado pela comissão internacional e as modificações nelle introduzidas por decretos egypcios de 1900, são competentes:

1.º) Para as acções civeis ou commerciaes entre indigenas e estrangeiros ou entre estrangeiros de differentes nacionalidades.

2.º) Para as acções reaes immobiliarias entre indigenas e estrangeiros ou entre estrangeiros da mesma ou de differente nacionalidade. (Pelo regulamento de 1874-75 eram competentes para *quaesquer* acções immobiliarias, mesmo entre indigenas).

3.º) Para as acções criminaes por todas as contravenções de policia (commettidas por estrangeiros), por delictos commettidos contra os magistrados judiciaes ou officiaes de justiça durante ou por virtude do exercicio das suas funcções, por delictos commettidos pelos mesmos funcionarios no exercicio das suas funcções, e ainda por delictos de bancarrota e conexos <sup>1</sup>.

Segundo o decreto khedival de 1900, os tribunaes mixtos não tẽem competencia para as quastões entre a municipalidade de Alexandria e indigenas, bem como não podem conhecer das questões relativas á propriedade do dominio publico, julgar os

---

<sup>1</sup> PÉLISSÉ DU RAUSAS, *ob. cit.*, tom. II.

actos de soberania ou medidas de governo em execução e em conformidade das leis e regulamentos de administração publica, nem mesmo interpretar actos de administração ou suspender a sua execução, mas podem julgar as lesões causadas por esses actos aos direitos dum estrangeiro reconhecidos pelas leis ou pelos tratados.

As sentenças civeis e commerciaes devem ser proferidas — em primeira instancia, por cinco juizes, tres estrangeiros e dois indigenas, devendo, porém, nas causas commerciaes, ser adjunto, ao tribunal dois assessores negociantes, um estrangeiro e outro indigena com voto deliberativo e escolhidos por eleição, — e, em segunda instancia, por oito juizes, cinco estrangeiros e tres indigenas.

As contravenções commettidas por estrangeiras são julgadas por um juiz estrangeiro delegado do respectivo tribunal. Os delictos e crimes são, respectivamente, julgados: pelo *tribunal correccional*, composto de tres juizes, um indigena e dois estrangeiros, e quatro assessores, ou estrangeiros, se o reu é estrangeiro, ou metade estrangeiros e metade indigenas, se o reu é indigena ou se a accusação é movida ao mesmo tempo contra estrangeiros e contra indigenas; e pelo *tribunal de assentada*, constituido por tres conselheiros do tribunal de appellação, um indigena e dois estrangeiros, e doze jurados, ou estrangeiros, se o reu é estrangeiro, ou metade estrangeiros e metade indigenas, se o réu é estrangeiro ou se a accusação é movida ao mesmo tempo contra estrangeiros e indigenas. Metade dos assessores e dos jurados será da nacionalidade do accusado, se este assim o requerer.

O tribunal de appellação ainda funciona, na sua constituição ordinaria, como tribunal de revista em materia penal. O recurso de revista pode ter logar nos casos de condemnação e pelos fundamentos: 1.º) de o facto não ser punivel; 2.º) de a lei ter sido mal applicada ao facto incriminado; 3.º) e de haver

nullidade substancial do processo. Em materia civil e commercial não ha recurso de revista.

Os tribunaes mixtos foram estabelecidos, a titulo de ensaio, por um periodo de cinco annos, que expirou no 1.º de fevereiro de 1881, foi depois prorogada successivamente por todas as potencias interessadas a sua jurisdicção, sendo a ultima prorogação de 1905 e pelo espaço de cinco annos a partir do 1.º de fevereiro do mesmo anno.

As leis applicadas pelos tribunaes mixtos são tambem *codigos mixtos*, inspirados pelos codigos europeus e que começaram a vigorar no 1.º de janeiro de 1876.

Ao lado dos tribunaes mixtos funcçionam, para as acções que não são da sua competencia, os tribunaes consulares e os tribunaes locais. Os tribunaes consulares conhecem de todas as acções civeis e commerciaes não immobiliarias entre individuos da mesma nacionalidade e conhecem das acções de estado e capacidade, quando para ellas tenham competencia segundo as suas leis nacionaes, e das relativas a successões legitimas ou testamentarias, ainda quando interessem a individuos de differente nacionalidade, pois que estas acções não entram na esphera jurisdiccional dos tribunaes mixtos, e conhecem finalmente das acções criminaes que estejam fóra da competencia restricta destes tribunaes e lhes pertençam segundo o regimen das capitulações; os tribunaes locais conhecem de todas as acções civeis e commerciaes, de estado e capacidade e successões entre indigenas ou a elles relativas, e de todas as acções penaes em que o reu seja um indigena e fóra dos casos de competencia dos tribunaes mixtos.

Constitue, pois, a organização judiciaria do Egypto um curioso encontro de tres ordens de jurisdicções, representando os tribunaes mixtos uma transição entre as jurisdicções consulares e as jurisdicções locais, as quaes prevalecerão afinal quando a civilização e instituições daquelle país derem seguras

garantias duma recta administração da justiça em relação aos estrangeiros <sup>1</sup>.

Por uma serie de tratados concluidos entre o reino de Siam e os estados europeus em meados do seculo passado, foi formalmente reconhecido por aquelle país o regimen das justiças consulares, quer pela adopção do principio *actor sequitur forum rei*, que era o systema geral, quer pelo estabelecimento duma jurisdicção mixta formada pelo consul e por um juiz siamês para o julgamento das causas entre estrangeiros e indigenas, que era o systema seguido nas relações com a França e com a Italia.

Comtudo, o Siam vae remodelando as suas instituições judi-  
ciarias, vae soffrendo a influencia da civilização europeia, vae reagindo contra o systema das justiças consulares, e já começou a celebrar novos tratados em que estas justiças são em parte substituidas por *tribunaes internacionaes*. Estes tribunaes, estabelecidos, primeiro, por um tratado com a Inglaterra de 1883 e, depois, por dois tratados com a França de 1904 e 1907, são compostos por juizes siameses com a assistencia do consul ou de delegado seu, e são competentes para julgar as causas entre subditos dos estados contractantes. Os tribunaes internacionaes, embora apenas existam actualmente no norte do reino, prevalecendo no centro e no sul o regimen anterior, mostram como o Siam vae entrando no caminho da modificação e suppressão das justiças consulares, cujo destino será effectivamente o desaparecimento quando as instituições judi-  
ciarias dos estados não christãos offerecerem sufficientes garantias para a administração da justiça aos estrangeiros <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *R. D. I. P.*, tom. I, pag. 126, tom. IV, pagg. 341 e seg., e tom. VII, pag. 214 e segg.

<sup>2</sup> MARTENS, *Nouveau recueil général de traités*, 2.<sup>o</sup> serie, vol. II, pagg. 587 e segg.; *R. D. I. P.*, 1894, pagg. 126 e 562, 1895, pagg. 111 e 614,

180. Os estrangeiros só podem dirigir-se aos tribunaes locais quando as leis do país o facultem e só por esses tribunaes podem ser protegidos os seus direitos, mas a capacidade para estar em juizo deve ser determinada pela sua lei nacional como a lei competente para, em geral, regular a capacidade.

Comtudo, a acção deve ser requerida perante o tribunal que seja competente segundo a lei local e com a forma de processo estabelecida pela mesma lei, pela principio já dicto de que as leis de competencia e processo são leis de interesse e ordem publica. Nem ao juiz seria possível applicar uma lei formularia differente da *lex fori*, pois esta lei regula o exercicio duma função do poder publico, que não poderia subordinar-se aos moldes traçados por um legislador estranho.

Sempre que, todavia, no desinvolvimento do processo, tenha de ser applicado direito substantivo, deverá ser applicada a lei competente em harmonia com os principios que deixamos estabelecidos.

E, a este respeito, importa averiguar qual a lei reguladora das provas com que as partes podem demonstrar os factos allegados em juizo.

Intendem alguns escriptores que as leis relativas ás provas são de ordem publica, fundados na razão de que a prova tem por fim convencer o juiz e de que a convicção do juiz deve resultar exclusivamente dos meios de prova prescriptos pela lei do seu país para demonstrar a existencia dum acto juridico. Semelhante opinião deve, porém, ser posta de parte. O exer-

---

1897, pag. 341, 1898, pag. 384, 1900, pagg. 214 e segg.; *R. D. I. P.*, tom. xxv, pag. 213, tom. xxxi, pagg. 93 e segg.; Lord CROMER, *Rapport sur l'Egypte et le Soudan pour l'année 1906*; VERCAMER, *De quelques réformes à introduire dans l'organisation judiciaire et la procédure des tribunaux mixtes égyptiens*, Bruxelles, 1908; Carta régia de 28 de fevereiro de 1907.

cicio dum direito não é assegurado de modo completo senão quando pode provar-se a sua existencia em caso de contestação e porisso o meio ou meios de o provar não devem depender da lei do logar mais ou menos fortuito onde venha a intentar-se a acção, mas da lei do logar onde forem praticados os respectivos actos. O emprego das provas é inseparavel do proprio direito e os meios de prova devem ser determinados como que *a priori*, para que os interassados fiquem seguros da efficacia dos actos que praticam. Mas, se a prova dum acto deve ser a estabelecida pela lei do logar onde o acto é realizado, o modo de *produzir* essa prova em juizo é o estabelecido pela lei do tribunal. O modo de deducção da prova é uma formalidade de processo e porisso fica sujeito ao principio da territorialidade das fórmulas judiciaes. Convem ainda observar, relativamente á prova testemunhal, que as incapacidades e dispensas das testemunhas são baseadas no interesse publico e porisso se regulam pela *lex fori*. E o mesmo deve dizer-se da recusa de testemunhas, a qual tem por fim evitar testemunhas suspeitãs e porisso interessa á ordem publica.

181. Ou independentemente de qualquer processo ou no desinvolvimento duma acção judiciaria, pode tornar-se necessario *notificar* actos extrajudiciaes ou judiciaes a individuos que se encontrem em país estrangeiro, a fim de os pôr em condições de exercerem ou de defenderem os seus direitos.

Reconhecendo esta necessidade e sancionando a pratica seguida por alguns estados, regulou a convenção de 1905 a communicação internacional dos actos judiciaes e extrajudiciaes no sentido de facilitar e assegurar essa communicação. Eis as suas disposições:

Artigo 1.º Em materia civil ou commercial, as notificações de actos com destino a pessoas que se encontrem no estrangeiro far-se-ão, nos Estados contratantes, a petição do consul

do Estado requerente, dirigida á autoridade que for designada pelo Estado requerido. A petição, contendo a indicação da auctoridade de quem emana o acto transmittido, o nome e a qualidade das partes, o endereço do destinatario e a natureza do acto de que se trata, deve ser redigida na lingua da auctoridade requerida. Esta auctoridade enviará ao consul o documento comprovativo da notificação ou indicativo do facto que a houver impedido.

Serão reguladas pela via diplomatica todas e quaesquer difficuldades que occorrerem a respeito da petição do consul.

Pode cada Estado contratante declarar, por comunicação dirigida aos demais Estados contratantes, ser seu desejo que lhe seja remetida pela via diplomatica a petição de notificação a fazer no seu territorio, petição na qual se contenham as indicações constantes da alinea 1.<sup>a</sup>

As precedentes disposições não obstam a que dois Estados contratantes se intendam entre si para admitir a communição directa entre as suas respectivas auctoridades.

Art. 2.<sup>o</sup> A notificação será feita por diligencia da auctoridade competente do Estado requerido; a qual, salvos os casos previstos no art. 3.<sup>o</sup>, poderá limitar-se a effectuar a notificação pela entrega do acto ao destinatario que voluntariamente o acceitar.

Art. 3.<sup>o</sup> Se o acto a notificar for redigido, quer na lingua da auctoridade requerida, quer na lingua convencionada entre os dois Estados interessados, ou se for acompanhado de traducção em uma destas linguas, a auctoridade requerida, quando na petição for expresso tal desejo, fará notificar o acto na forma prescripta na sua legislação interna para a effectuação de notificações analogas, ou em forma especial, contanto que não seja contraria a essa legislação.

Se tal desejo não for expresso, a auctoridade requerida procurará primeiramente effectuar a entrega nos termos do art. 2.<sup>o</sup>

Salvo accordo em contrario, a traducção prevista na precedente alinea será authenticada pelo agente diplomatico ou consular do Estado requerente ou por traductor ajuramentado do estado requerido.

Art. 4.º A effectuação da notificação prevista nos artt. 1.º, 2.º e 3.º não poderá ser recusada senão quando o Estado em cujo territorio ella devesse ser feita a julgar attentoria da sua soberania ou da sua segurança.

Art. 5.º A prova da notificação far-se-á, ou por meio de um recibo, datado e legalizado, do destinatario, ou por meio de um certificado da auctoridade do Estado requerido, consignando o facto, a forma e a data da notificação.

Se o acto a notificar tiver sido transmittido em duplicado, o recibo ou o certificado deverá ser exarado num dos duplicados ou a elle appenso.

Art. 6.º As disposições dos artigos precedentes não obstem:

1.º Á faculdade de enviar quaesquer actos directamente pela via postal aos interessados que se encontrem no estrangeiro;

2.º Á faculdade de os interessados promoverem notificações directamente por diligencia dos officiaes publicos ou funcionarios competentes do país destinatario;

3.º Á faculdade de cada Estado promover directamente, por diligencia dos seus agentes diplomaticos ou consulares, as notificações destinadas ás pessoas que se encontrem no estrangeiro.

Em cada um destes casos, a faculdade prevista não se dará senão quando a permittirem convenções celebradas entre os Estados interessados, ou quando, na falta de convenções, se lhe não oppuser o Estado em cujo territorio a notificação dever ser feita. Este estado não poderá oppor-se-lhe quando, no caso da alinea 1.ª, n.º 3.º, o acto dever ser notificado sem coacção a um nacional do Estado requerente.

Art. 7.º As notificações não poderão dar logar a reembolso de taxas ou custas de qualquer natureza que sejam.

Todavia, salvo accordo em contrario, o Estado requerido terá o direito de exigir do Estado requerente o reembolso das custas ocasionadas pela intervenção dum official publico ou pelo emprego de uma forma especial nos casos do art. 3.º

182. Pode igualmente no decorrer do processo ser necessario praticar alguma diligencia em país differente daquelle em que pender a lide, e porisso pode o tribunal, perante o qual correr a acção, precisar do auxilio dos tribunaes estrangeiros para a pratica dos actos necessarios ao proseguimento do processo.

Daqui o apparecimento das rogatorias internacionaes, reconhecidas por uma pratica quasi universal, e cujo cumprimento é declarado obrigatorio em muitos estados ou por tratados, ou por leis internas, como na Allemanha, Austria, Belgica, Brasil, Dinamarca, Hespanha, Inglaterra <sup>1</sup>, Italia, Noruega, Portugal <sup>2</sup> e Suecia <sup>3</sup>.

As rogatorias são em geral transmittidas pela via diplomatica, coherentemente com a mutua independencia dos estados. Podem, porém, os estados ou por tratados ou por disposição

---

<sup>1</sup> A Inglaterra e os Estados Unidos da America do Norte não expdem nem recebem rogatorias pela via diplomatica. Para as diligencias a effectuar no estrangeiro adoptam os dois países o systema das *commissões consulares*, dirigidas pelo tribunal respectivo ao consul do districto onde a diligencia tem de effectuar-se, e para as diligencias a effectuar nos mesmos países precisam as rogatorias de ser apresentadas directamente aos tribunaes competentes. (Sr. LAMBERTINI PINTO, *Cartas rogatorias*, pagg. 13, 28, 74 e 75).

<sup>2</sup> Codigo do processo civil, art. 89.º

<sup>3</sup> WEISS, *ob cit.*, vol. cit., pag. 493 e segg.

das leis internas estabelecer a transmissão directa entre os seus tribunaes, ou mesmo permittir que as partes apresentem directamente as rogatorias aos tribunaes estrangeiros <sup>1</sup>.

A pratica das rogatorias internacionaes foi sancionada pela convenção de 1905 nestes termos:

Art. 8.º Em materia civil ou commercial, a auctoridade judicial de um Estado contratante poderá, em conformidade das disposições da sua legislação, dirigir-se por carta rogatoria á auctoridade competente de outro Estado contratante, pedindo-lhe proceda, nos limites da sua jurisdicção, a um acto de instrucção ou a outros actos judiciaes.

Art. 9.º As cartas rogatorias serão transmittidas pelo consul do Estado requerente á auctoridade que for designada pelo

---

<sup>1</sup> As rogatorias emanadas de auctoridades estrangeiras para serem cumpridas pelas justiças portuguezas só podem ser recebidas pela via diplomatica (codigo do processo civil, art. 89.º) e, quando involvam diligencia que importe execução, só podem ser cumpridas depois de confirmadas pelas Relações nos termos em que devem ser confirmadas as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros para obterem *exequatur* no reino (cit. codigo, artt. 21.º, § 4.º, n.º 2, 36.º, n.º 4, 87.º, n.º 3, e 1087.º). As rogatorias que importem execução não precisam de vir pela via diplomatica, podendo o interessado apresentá-las directamente á relação competente. (Accordão do supremo tribunal de justiça de 5 de outubro ae 1888, no *Boletim dos Tribunaes*, vol. iv, pag. 82; Sr. dr. CHAVES E CASTRO, *ob. cit.*, pag. 711).

As rogatorias expedidas e recebidas pela via diplomatica devem, em principio, considerar-se dispensadas de legalização consular, pois a via diplomatica garante a sua authenticidade. As rogatorias entre Portugal e o Brazil foram formalmente dispensadas de legalização diplomatica e consular por virtude de notas trocadas entre o ministro de Portugal e o governo do Brazil, e o mesmo foi accordado entre Portugal e Hespanha por notas de 7 de julho de 1903. (Srs. LAMBERTINI PINTO, *Cartas rogatorias*, e F. NORONHA, *Legalização de documentos*, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, anno XXI, pag. 715).

Estado requerido. Essa auctoridade enviará ao consul o documento comprovativo do cumprimento da carta rogatoria ou indicativo do facto que tiver impedido esse cumprimento.

Serão reguladas pela via diplomatica todas e quaesquer difficuldades que occorrerem a respeito da transmissão de que se trata.

Cada Estado contratante pode declarar, por communicação dirigida aos demais Estados contratantes, ser seu desejo que lhe sejam transmittidas pela via diplomatica as cartas rogatorias que tiverem de ser cumpridas no seu territorio.

As precedentes disposições não obstem a que dois Estados contratantes se intendam entre si para admitir a transmissão directa de cartas rogatorias entre as suas respectivas auctoridades.

Art. 10.º Salvo acordo em contrario, a carta rogatoria deve ser redigida, quer na lingua da auctoridade requerida, quer na lingua convencionada entre os dois Estados interessados, ou ser acompanhada de traducção feita numa destas linguas e authenticada por um agente diplomatico ou consular do Estado requerente ou por um traductor ajuramentado do Estado requerido.

Art. 11.º A auctoridade judicial a quem for dirigida a carta rogatoria será obrigada a cumpri-la, usando dos mesmos meios coercivos que para o cumprimento de deprecada das auctoridades do Estado requerido ou satisfação de petição para este effeito formulada por parte interessada. Estes meios coercivos poderão deixar de ser empregados, tratando-se do comparecimento das partes em juizo.

A auctoridade requerente será, se assim o pedir, informada da data e do local em que se houver de proceder á diligencia solicitada, a fim de que a esta possa assistir a parte interessada.

O cumprimento da carta rogatoria não poderá ser recusado senão:

1.º Quando a authenticidade do documento não estiver comprovada;

2.º Quando o cumprimento da carta rogatoria, no Estado requerido, não couber nas attribuições do poder judicial;

3.º Quando o Estado em cujo territorio o cumprimento devesse realizar-se o julgar attentorio da sua soberania ou da sua segurança.

Art. 12.º Em caso de incompetencia da auctoridade requerida, a carta rogatoria será transmittida *ex-officio* á auctoridade judicial competente do mesmo Estado, segundo as regras estabelecidas pela legislação deste.

Art. 13.º Em todos os casos em que a carta rogatoria deixar de ser cumprida pela auctoridade requerida, esta disso informará immediatamente a auctoridade requerente, indicando, no caso do art. 11.º, as razões pelas quaes houver sido recusado o cumprimento da carta rogatoria e, no caso do art. 12.º, a auctoridade a quem a carta houver sido transmittida.

Art. 14.º A auctoridade judicial que proceder ao cumprimento de uma carta rogatoria applicará as leis do seu país, pelo que respeita á forma do processo.

Será comtudo deferida a petição da auctoridade requerente, no sentido de se proceder segundo uma forma especial, comtanto que essa forma não seja contraria á legislação do Estado requerido.

Art. 15.º As disposições dos precedentes artigos não excluem a faculdade de cada Estado fazer cumprir directamente pelos seus agentes diplomaticos ou consulares as cartas rogatorias, se assim o permittirem convenções celebradas entre os Estados interessados, ou se a isso se não opposer o Estado em cujo territorio deve ser cumprida a rogatoria.

Art. 16.º O cumprimento das cartas rogatorias não poderá dar lugar ao reembolso de taxas ou custas de qualquer natureza que sejam.

Todavia, salvo acordo em contrario, o Estado requerido terá o direito de exigir do Estado requerente o reembolso das indemnizações pagas ás testemunhas ou aos peritos, bem como das custas ocasionadas pela intervenção de um official publico, tornada necessaria por as testemunhas não terem comparecido voluntariamente, ou das custas resultantes da eventual applicação do art. 14.<sup>o</sup>, alinea 2.<sup>a</sup>

183. O julgamento será ainda proferido segundo as formalidades estabelecidas pela *lex fori*, mas a sentença ha de basear-se evidentemente no direito substantivo que for competente segundo os principios do direito internacional privado.

Porisso, a lei applicavel tanto pode ser a *lex fori* como uma lei estrangeira, devendo ser sempre aquella que represente o *estatuto* da relação juridica que se pretende definir judicialmente.

Mas, se a lei applicavel for uma lei estrangeira, deverá o juiz applicá-la de officio, ou precisarão as partes de allegar e provar a sua existencia, como se fôra um simples facto?

Da concepção que accetamos e defendemos a respeito da natureza do direito internacional privado resulta, como já vimos, que, no momento legislativo, cada estado se deve considerar representante da sociedade das nações para o effeito da *definição local* da lei internacional e impôr se como obrigatorios os principios do direito internacional privado, e egualmente resulta que, no momento judiciario, deve ser *obrigatoria* para os juizes a applicação das leis estrangeiras quando, por lei expressa, por tratados ou por um costume bem estabelecido, o direito nacional tenha admittido a applicação dessas leis. Não devem esperar que as partes reclamem tal applicação, nem deixar dependente de demonstração, por alguma dellas, da existencia das leis estrangeiras quando essa existencia seja contestada, mas proceder officiosamente ás necessarias averi-

guações. Não ha mais razão para applicar obrigatoriamente o direito do estado do que o direito que se impõe ao estado. Mas, os deveres dos juizes vão ainda mais longe. Quando a lei, os tratados ou o costume não indiquem claramente a necessidade de applicar as leis estrangeiras, não devem os tribunaes decidir-se sem mais eleição pela applicação das leis nacionaes, mas procurar uma solução que, não contrariando as bases do systema do direito internacional *local*, traduza as exigencias da vida internacional e se funde na sciencia do direito internacional privado.

Não é, porém, esta a doutrina de todos os internacionalistas nem a geralmente seguida pela legislação ou pela jurisprudencia dos diversos países.

Tres systemas, com effeito, tõem sido adoptados pelos internacionalistas ou pela pratica legislativa e judicial dos varios países relativamente á applicação e prova das leis estrangeiras.

Segundo o systema mais antigo, a lei estrangeira é um simples factó que deve ser allegado e provado pelas partes, não podendo o juiz invocar ou applicar *de officio* o direito estrangeiro, e devendo até applicar a *lex fori* quando as partes não alleguem e provem a applicabilidade e a existencia das leis estrangeiras. É o systema adoptado pela pratica judiciaria de varios estados, como a Belgica, Hespanha, Inglaterra, Estados Unidos, etc., e consagrado por algumas legislações, como o codigo civil da Argentina, cujo art. 13.<sup>o</sup> torna a applicação das leis estrangeiras dependente de allegação e prova da parte interessada, a não ser que essas leis devam ser applicadas na republica por virtude de convenções diplomaticas ou de leis especiaes.

Em harmonia com o segundo systema, na falta de allegação e prova pelas partes, ficaria dependente do arbitrio do tribunal applicar ou deixar de applicar a lei estrangeira; nenhuma obri-

gação existiria para os juizes, podendo applicar a lei nacional ou a lei estrangeira, consoante as suas preferencias.

O terceiro systema ensina que, quando disposições expressas ou implicitas da *lex fori* tornam as leis estrangeiras competentes para regular determinadas relações juridicas, devem os tribunaes invocar e applicar officiosamente o direito estrangeiro e officiosamente certificar-se da sua existencia e do seu conteúdo, por maneira que, caso as partes guardem silencio ou forneçam indicações incompletas sobre a legislação estrangeira, os juizes suppram a sua inacção ou a sua deficiencia.

É este ultimo systema o geralmente seguido pelos internacionalistas e o que mais se conforma com a natureza e com o destino do direito internacional privado. Em verdade, este direito, como lei internacional qua-tal ou como definição local de preceitos de character internacional, é já logicamente de applicação obrigatoria e officiosa para os tribunaes. Não se comprehende que um preceito obrigatorio para o estado, embora por elle incorporado no system do direto nacional, tenha a sua applicação dependente da iniciativa das partes. Alem disso, determina o direito internacional privado a lei competente para regular as relações juridicas em harmonia com a natureza dessas relações e com o fim social das leis, e os systemas do *arbitrio das partes* ou do *arbitrio dos tribunaes* poderiam conduzir a não se applicarem as leis declaradas competentes pelo legislador, isto é, com esses systemas, o direito internacional privado correria o risco, como nota DESPAGNET, de não passar, em muitos casos, dum conjuncto de principios theoricos sem alcance real. Não pode nem deve, portanto, considerar-se a lei estrangeira como um facto para o effeito da sua allegação ou da sua prova. Desde que, pelo direito interno, ella seja competente para regular determinadas relações juridicas, as suas disposições são appropriadas pela lei nacional e constituem uma regra de direito com a qual o juiz deve conformar a sua

sentença independentemente de allegação ou prova dos interessados, talqualmente acontece com a applicação da *lex fori*.

As leis portuguezas tornam muitas vezes, explicita ou implicitamente, as leis estrangeiras competentes para regular as relações juridicas, e porisso importa determinar as condições em que os nossos tribunaes devem applicar aquellas leis.

Como acontece com a generalidade das legislações, o direito portuguez, se tem sido muito conciso na determinação de preceitos de direito internacional privado, foi ainda menos explicito no que respeita á applicação e prova das leis estrangeiras. Um só artigo de lei, e bem pouco preciso, se refere ao caso. É o artigo 2406.º do codigo civil, cujos termos dizem: «Nos casos em que *for invocado* algum estatuto ou postura municipal deste país, ou *alguma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, será obrigado a provar a dicta existencia aquelle que tiver allegado tal estatuto, postura ou lei*». Como intender este artigo?

O S. T. J., em accordão de 18 de dezembro de 1891<sup>1</sup>, sem o referir, mas baseando por certo nelle a sua decisão, formulou a seguinte doutrina: «Quando nos tribunaes portuguezes houverem de ser julgados os litigios pelo direito estrangeiro, é necessario que este seja provado por qualquer dos modos que a pratica tem sancionado. Não basta invocar o direito estrangeiro, porque, se os magistrados, como juriconsultos, podem conhecê-lo, não podem como julgadores applicá-lo, se a prova delle não estiver nos autos. E assim... tem a questão de ser resolvida pela lei portuguesa...». Esta passagem contem uma theoria completa sobre a applicação do direito estrangeiro. A lei estrangeira deve ser *allegada e provada* na sua *existencia* e no seu *conteúdo* pela parte interessada, e, quando se não invoque e prove aquella lei, será applicada a lei portuguesa.

<sup>1</sup> *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. xxxiii, pag. 79.

Legítima não é semelhante doutrina; será, porém, legal? Não o pensamos. O código civil e o código commercial, declarando competentes as leis estrangeiras para regular determinadas relações jurídicas, tornam, em principio, a sua applicação obrigatoria para os tribunales, e só diante duma disposição expressa de lei poderia admittir-se que a applicação do direito estrangeiro ficava dependente de allegação e prova pelos interessados. E tal doutrina não foi formulada expressamente pelo legislador, nem se contem no art. 2406.º. Em verdade, em parte alguma se lê o principio geral de que, para a applicação do direito estrangeiro, este deva ser invocado e provado pelas partes, e, portanto, em parte alguma está sancionada a doutrina de que, embora competente, a lei estrangeira não passa dum *facto* que, como qualquer outro, precisa de ser allegado e provado pelos interessados. Apenas se figura a hypothese de uma das partes invocar uma lei estrangeira e a outra contestar a sua existencia, impondo-se ao allegante a obrigação de provar essa existencia, hypothese que nem auctoriza a generalização de que o direito estrangeiro deve ser sempre invocado e provado pelos interessados para poder ser applicado, nem leva a concluir que, mesmo nesse caso especial, o tribunal deva decidir-se, na falta de prova, pela applicação da lei portuguesa. Com effeito, porque na disciplina das instituições jurídicas o legislador português declarou por vezes competente a lei estrangeira para regular as relações respectivas, o unico principio geral a assentar é que no officio do juiz entra a obrigação de applicar o direito estrangeiro sempre que este seja appropriado pelo direito português na regulamentação das relações jurídicas, isto é, que a competencia da lei estrangeira é uma questão de direito acima da vontade das partes.

Qualquer hypothese particular que represente um desvio de semelhante principio deve ser de interpretação restricta e de modo algum pode ampliar-se á generalidade dos casos em que

por disposição expressa ou implícita do direito português deva ser applicado o direito estrangeiro. Portanto, da hypothese (do art. 2406.º) de se impor a quem invoque uma lei estrangeira a obrigação de provar a existencia dessa lei quando contestada, não pode concluir-se, nem a necessidade de sempre ser invocada pelos interessados a lei estrangeira, nem a necessidade de a provar quando allegada e não contestada. Num caso ou noutro, deve o juiz applicar a lei estrangeira se ella for realmente a competente para resolver a questão.

Mas, nem mesmo na hypothese prevista pelo art. 2406.º, julgamos defensavel a doutrina do accordão do S. T. J. Se o allegante prova a existencia contestada da lei que invoca, o juiz fica ainda com a liberdade de applicar ou não applicar essa lei, segundo intender que ella é ou deixa de ser a lei competente para resolver a questão, pois não se trata dum simples factó que elle tenha necessariamente de acceitar, mas dum preceito de lei cuja applicabilidade deve determinar. Se o allegante não faz a prova devida, não indica o artigo a consequencia, não sendo forçosa, porisso, a comminação de que deve ser applicada immediatamente a lei nacional. E, como semelhante comminação, como sanção do art. 2406.º, brigaria com as disposições de lei que mandam applicar o direito estrangeiro e inutilizaria o pensamento do legislador que reconheceu a competencia das leis estrangeiras para regular determinadas relações juridicas, somos levados a crer que a obrigação de provar estabelecida no art. 2406.º não significa mais que o *concurso* das partes para a determinação da lei estrangeira na hypothese ahi estabelecida, por virtude da difficuldade de os juizes conhecerem nas suas minucias as leis dos differentes países, isto é, representa a *cooperação* do interessado no desempenho da missão do tribunal para facilitar a applicação do direito estrangeiro. Tanto mais que, se, quando a prova se faz, o juiz não é obrigado a applicar a lei estrangeira por a

julgar incompetente, assim, quando não provada, logicamente a deverá investigar e applicar officiosamente, desde que reconheça a sua competencia. Desejavamos contudo ver modificado o art. 2406.º do código civil no sentido de tornar claramente *officiosa* a applicação das leis estrangeiras, já que elle tem auctorizado a doutrina da necessidade de ser invocada pelas partes a applicação das leis estrangeiras e não determina a natureza e sancção da obrigação de provar a existencia contestada dessas leis imposta a quem as tiver allegado<sup>1</sup>.

A verificação officiosa das leis estrangeiras, quando o tribunal tenha duvidas sobre a sua existencia ou sobre o seu conteúdo e não possa por si mesmo conseguir os necessarios esclarecimentos, poderá fazer-se — ou por meio de *carta rogatoria* dirigida, por intermedio do ministerio da justiça e do ministerio dos negocios estrangeiros, ao ministerio da justiça do estado cujo direito se pretende conhecer e pedindo a este ultimo ministerio certificado da existencia ou do teor das leis (é o processo indicado pelo Instituto de direito internacional e já formulado na terceira conferencia da Haya de direito internacional privado)<sup>2</sup> — ou por meio de attestado da existencia ou teor do direito estrangeiro, requisitado, por intermedio do ministerio dos negocios estrangeiros, aos agentes diplomaticos ou consulares acreditados ou nomeados para o respectivo país, ou pedido

---

<sup>1</sup> A doutrina seguida no texto está em harmonia com o principio estabelecido no tratado concluido no congresso de Montevideo sobre a applicação das leis dos estados contractantes, cujo art. 2.º é do teor seguinte: «Su aplicacion (das leis dos estados contractantes) será hecha de officio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan allegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada».

<sup>2</sup> *Annuaire*, vol. XII, pag. 328; *Actes*, III, pag. 206.

pelo mesmo ministerio aos agentes diplomaticos ou consulares deste pais existentes em Portugal.

Quando as partes *queiram* ou *tenham* de provar a existencia do direito estrangeiro, postos naturalmente de parte o juramento, a confissão das partes e as presumpções, como meios de prova inadequados ao fim que se tem em vista, poderão valer-se — ou de *documentos*, como o texto official das leis estrangeiras, quando for possivel obtê-lo, e certificados da existencia e teor dessas leis ou *passados* quer por uma repartição competente do pais onde ellas forem publicadas quer pelos agentes diplomaticos ou consulares desse pais em Portugal, ou *requeridos* aos agentes consulares portuguezes residentes no pais respectivo, hypothese esta já prevista e regulada no art. 116.º do Reg. consular vigente, — ou de *consultas* dos juristas estrangeiros (cujo concurso é muito util, e muito frequentemente usado na pratica), — ou do *testemunho* dos escriptores que versem o assumpto, — ou mesmo de *decisões* dos tribunaes estrangeiros, que podem prestar um grande auxilio na resolução das questões que a lei estrangeira não resolva expressamente. Em todo o caso, como se trata duma questão de direito, os tribunaes têm sempre amplo poder para apreciar as provas apresentadas e para exigir aquellas que julgem necessarias.

Quando, nem por si, nem com o concurso das partes, o juiz não *puder* verificar a existencia e o teor do direito estrangeiro applicavel ao caso occorrente, ficará auctorizado a applicar a lei nacional, não tanto pela presumpção de coincidencia entre a *lex fori* e o direito por esta declarado competente, como pretende VON BAR e seguem ROLIN e WEISS, mas porque a *lex fori* é naturalmente lei subsidiaria nos casos de impossivel determinação da lei estrangeira. O tribunal tem de julgar, o julgamento ha de basear-se numa lei, e semelhante lei só pode ser a do seu país. Fóra de tal caso, se não applica a lei estran-

geira competente, julga contra direito e a sentença será nulla nos termos e para os efeitos geraes das leis do processo <sup>1</sup>.

184. Para finalizarmos estas ligeiras noções de direito internacional judiciario, procuraremos determinar se e em que termos os julgados estrangeiros devem ser respeitados e executados.

Os estados, assim como devem respeitar-se na sua função legislativa e reconhecer os direitos adquiridos á sombra da auctoridade das respectivas leis, assim tambem devem respeitar-se na sua função judiciaria e reconhecer mutuamente os julgados definitivos dos seus tribunaes. Deve, porisso, pôr-se de parte o systema, defendido por alguns escriptores, segundo o qual não pode reconhecer-se effeito algum aos julgados estrangeiros, devendo a causa ser de novo intentada perante os tribunaes locaes, por estes discutida e resolvida, para o interessado poder obter uma sentença executoria no país. Semelhante systema, chamado systema da *revisão de merito*, desconhece por completo o respeito mutuo das soberanias na organização e funcionamento da judicatura e porisso é manifestamente contrario aos principios de solidariedade que relacionam os estados modernos. Melhor acceitação não merece o systema da *reciprocidade de facto*, segundo o qual o estado deve executar as sentenças estrangeiras quando os estados onde ellas forem pronunciadas executarem as sentenças nacionaes, e o systema da *reciprocidade diplomatica*, em harmonia com o qual as sentenças estrangeiras só devem ser executadas quando o *direito* e a *forma* da execução sejam convencionalmente estabelecidos pelos estados interessados, pois taes systemas assentam numa

---

<sup>1</sup> Sr. dr. DIAS FERREIRA, *Código civil annotado*, vol. v, pag. 135; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. xx, pag. 578, e vol. xxx, pagg. 2 e 17.

razão de utilidade antes que numa razão de justiça internacional, estabelecem uma differença infundada entre os julgados dos tribunaes dos differentes países e não asseguram a necessaria certeza aos direitos dos individuos na ordem internacional<sup>1</sup>.

Deverá, porém, conceder-se o *exequatur* ás sentenças estrangeiras sem as sujeitar a qualquer revisão ou exame por um tribunal local? Seria por vezes menosprezar os direitos da soberania do estado local, quando os julgados estrangeiros contrariassem as suas leis de interesse e ordem publica, e porisso se considera indispensavel sujeitar, no estado de execução, as sentenças proferidas nos outros estados a um juizo summario em que se verifique se ellas satisfazem ás condições necessarias á existencia da justiça internacional, isto é, em que se verifique se as sentenças estrangeiras obedecem á condição da *regularidade internacional*, para não lesarem os legitimos interesses do estado da execução. E uma sentença será internacionalmente regular:

1.º) Quando seja definitiva, tendo passado em julgado segundo as leis do país em que for proferida.

2.º) Quando tenha sido proferida por um tribunal competente segundo a organização judiciaria do estado do tribunal sentenciador. Ainda que o tribunal sentenciador seja competente segundo as leis do respectivo estado, se o estado de execução tornar as respectivas acções da competencia exclusiva dos tribunaes nacionaes, semelhantes sentenças não poderão ser executadas como contrarias ás leis de ordem publica do mesmo estado de execução.

3.º) Quando proferida com *regularidade formal* pelo cum-

---

<sup>1</sup> Sr. dr. MARMOCO E SOUSA, *Execução extraterritorial das sentenças civis e commerciaes*, Coimbra, 1898, pagg. 43 e segg.

primimento das leis de processo do estado do tribunal sentenciador.

4.º) Quando esteja revestida das necessarias condições de authenticidade para haver a certeza da sua existencia.

5.º) Quando não seja contraria ás leis de ordem publica do estado local.

Limitado a verificar a regularidade internacional das sentenças estrangeiras, o juizo da revisão ou confirmação, chamado em tal caso pelos escriptores *juizo de delibação*, representa uma instituição conforme ás exigencias dos interesses de cada estado e sufficientemente respeitadora dos legitimos interesses da communidade internacional. E quando o juizo revisorio verifique a regularidade internacional dum julgado estrangeiro, o direito neste definido deve considerar-se como um direito internacionalmente adquirido e deve ser respeitado e executado no estado local.

E, neste ponto, o direito portugûes seguiu a boa doutrina, como se vê dos artt. 1087.º e seguintes do codigo do processo civil. Este codigo, regulando o art. 31.º do codigo civil, que determinara que as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis entre estrangeiros e portugueses poderiam ser executadas perante os tribunaes portugueses nos termos prescriptos no codigo do processo, e generalizando logicamente o preceito ás sentenças proferidas nas causas em que os litigantes forem ambos estrangeiros ou portugueses, consagrou estas disposições:

a) As sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros serão exequiveis no reino depois de revistas e confirmadas por alguma das Relações, com audiencia das partes interessadas e do ministerio publico, salvo quando outra cousa estiver estipulada em tratados <sup>1</sup>, sendo competente para esta revisão e confirma-

---

<sup>1</sup> Vide: convenções da Haya sobre processo civil de 14 de novembro

ção a Relação do districto em que o reu tiver domicilio, ou em que estiverem situados os bens se o reu não tiver domicilio no reino (codigo do processo civil, artt. 21.º, § 4.º, n.º 2.º, 39.º, n.º 6.º, 805.º, 1087.º e 1090.º).

b) Apresentada e distribuida a sentença, o relator mandará citar a parte para, em oito dias a contar da citação, deduzir por embargos a sua opposição, e os embargos poderão ser contestados, em egual prazo, pelo apresentante da sentença, podendo servir de fundamento para a opposição: 1.º) qualquer duvida sobre a authenticidade do documento ou intelligencia da sentença; 2.º) não ter a sentença passado em julgado; 3.º) ser a sentença proferida por tribunal incompetente; 4.º) não terem sido as partes devidamente citadas, ou não se ter legalmente verificado a sua revelia quando deixassem de comparecer; 5.º) conter a sentença decisões contrarias aos principios do direito publico portugûes, ou offensivas dos principios de ordem publica; 6.º) ser a sentença proferida contra algum subdito portugûes em opposição aos principios de direito civil portugûes, quando por este devesse ser resolvida a questão (codigo cit., art. 1088.º e § 1.º).

c) Neste processo não é admissivel a producção de provas sobre o fundo da questão (codigo cit., art. 1088.º, § 2.º).

d) Em seguida á contestação ou findo o prazo em que podia ser deduzida, será o processo continuado com vista ás partes e ao ministorio publico para allegarem por escripto e com as allegações irá concluso ao relator e aos quatro juizes seguintes para o visto, realizando-se o julgamento em conferencia com a intervenção, pelo menos, de tres dos juizes que tiverem visto o processo, concedendo-se ou negando-se a confirmação por tres votos conformes (codigo cit., artt. 1089.º e 1049.º).

---

de 1896, artt. 12.º e 13.º, e de 17 de julho de 1905, artt. 18.º e 19.º, e sobre divorcio e separação de pessoas de 12 de junho de 1902, art. 7.º

e) Confirmada a sentença, baixará o processo, ou o traslado quando se interpuser revista, ao juízo que for competente para a execução (codigo cit., art. 1091.º).

Como se vê, a lei portuguesa limita a função do juízo revisorio ao exame da regularidade formal e internacional das sentenças estrangeiras como preliminar da sua execução no reino e porisso coordena eficazmente os interesses do estado com as exigencias da comunidade internacional.

Pode, porém, parecer que o codigo de processo foi longe de mais na determinação dos poderes do juízo revisorio, dando-lhe no art. 1088.º, § 1.º, n.º 6.º, a faculdade de verificar se, sendo a sentença proferida contra algum subdito português, foram respeitados os principios do direito civil português, se por elles devesse ser resolvida a questão. Semelhante faculdade do juízo revisorio não constitue, todavia, um exaggero offensivos dos direitos do estado do tribunal sentenciador. Effectivamente, um julgado estrangeiro que devesse applicar a portuguezes o direito civil português é evidentemente um julgado sobre uma questão de direito internacional privado e os julgados estrangeiros sobre questões de direito internacional privado só poderão ser executados quando proferidos em harmonia com os preceitos de direito internacional privado sancionados pelas leis portuguezas, já que esses preceitos são de ordem publica e não poderão porisso ser executadas em Portugal as sentenças proferidas em contrario das suas disposições. O principio do art. 1088.º, § 1.º, n.º 6.º, o que está é formulado de modo insufficiente, pois devia abranger todas as sentenças estrangeiras, qualquer que fosse a nacionalidade dos interessados, e seria até escusado, já que o tribunal da revisão tem de verificar se a sentença é contraria aos principios de ordem publica e portanto de examinar se, versando ella sobre uma questão de direito internacional privado, foram applicados os preceitos deste direito

formulados pelas leis portuguezas para, no caso contrario, lhe denegar a confirmação.

Mas, limitada a verificar a regularidade internacional das sentenças, será a revisão necessaria para todos os julgados proferidos por tribunaes estrangeiros?

Um grande numero de escriptores sustenta que as sentenças relativas ao estado e capacidade das pessoas produzem effeitos em país estrangeiro sem necessidade de *exequatur*, pela razão de que semelhantes sentenças, applicando e concretizando a lei pessoal, participam do caracter desta lei, que acompanha o individuo em todos os países<sup>1</sup>.

E esta doutrina foi claramente sancionada pela convenção da Haya de 17 de julho de 1905 sobre interdicção, a qual determinou que a interdicção decretada pelas auctoridades competentes produzirá os seus effeitos, no que respeita á capacidade e á tutela do interdicto, sem necessidade de *exequatur* (art. 9.º), e igualmente tornou independentes de *exequatur* as decisões que levantem a interdicção (art. 12.º).

É de notar, porém, que, no conceito dos mesmos escriptores, mesmo as sentenças relativas ao estado e capacidade das pessoas precisam de *exequatur* sempre que se pretenda proceder, em virtude das mesmas sentenças, a execução de bens ou exercer coacção sobre as pessoas. A isenção de *exequatur* apenas se refere á determinação do estado e da capacidade ou incapacidade que dahi deriva<sup>2</sup>.

As nossas leis parecem harmonizar-se com a doutrina que deixamos referida, pois alguns dos textos que versam o as-

<sup>1</sup> DESPAGNET, *ob. cit.*, n.º 196; AUDINET, *ob. cit.*, n.º 472; SURVILLE ET RTHUYS, *ob. cit.*, n.º 434; WEISS *ob. cit.*, pag. 578; etc.

<sup>2</sup> AUDINET, *ob. cit.*, n.º 472; WEISS, *ob. cit.*, pag. 580.

sumpto parecem approximar a ideia de *revisão* da ideia de *execução*, dizendo, por exemplo, o art. 31.º do código civil que as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros *podem ser executadas* perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescriptos no código do processo, e o art. 1087.º do código do processo civil que as sentenças a que se refere o art. 31.º do código civil não serão *exequíveis* no reino sem estarem *revistas* e *confirmadas* por alguma das relações, o que poderia levar a concluir que só precisam de revisão as sentenças que reconheçam uma relação jurídica patrimonial e possam servir de base a uma execução, ficando della isentas as sentenças que não tenham esse character, e portanto as que apenas modificam o estado ou capacidade das pessoas <sup>1</sup>.

Comtudo, porque o referido artigo do código civil fala dum modo geral das sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre *direitos civis*, sem distinguir entre as sentenças que reconheçam um direito patrimonial e as referentes ao estado e capacidade das pessoas, porque o art. 1087.º do código do processo civil declara que as sentenças sobre direitos civis só são exequíveis quando revistas e confirmadas, porque o art. 39.º, n.º 6.º, do mesmo código tambem dum modo geral attribue ás relações competencia para rever as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, e porque o regulamento do registo commercial, art. 39.º, § 2.º, e o regulamento do registo predial, art. 120.º, § 3.º, determinam que as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros só são admissíveis a registo depois de revistas nos termos do código do processo civil, o que mostra nas nossas leis a ideia de que a revisão não só é destinada

---

<sup>1</sup> Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pag. 137; Conselheiro DIAS FERREIRA, *Boletim dos Tribunaes*, anno v, pag. 289; Sr. dr. EDUARDO CARVALHO, *ob. cit.*, pag. 111.

á execução mas ainda necessaria para a conservação de direitos, somos levados a crer que as expressões *podem ser executadas*, do código civil, e *serão exequíveis*, do código do processo civil, significam que as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros só *produzem effeitos* no reino depois de revistas e confirmadas <sup>1</sup>.

E esta interpretação das nossas leis concorda, em nosso entender, com as exigencias scientificas do direito internacional privado. Os estados devem respeitar-se na sua função judiciaria, mas torna se necessario verificar se existe effectivamente um julgado regular e definitivo e foi proferido por um tribunal competente, se a competencia estatuida pela lei estrangeira é reconhecida pelas leis nacionaes, e se o julgado não offende as leis de ordem publica do estado local, e tudo isto procede em face de todas as sentenças estrangeiras, seja qual fôr o seu objecto.

Sendo assim, o julgado estrangeiro, como tal, só produzirá effeitos no reino quando devidamente confirmado, não podendo distinguir-se entre a *força executoria* e a *auctoridade do caso julgado*, para exigir a revisão para a primeira e dispensá-la para a segunda. A auctoridade do caso julgado é o effeito caracteristico dos julgamentos, della é que deriva a força executoria dos mesmos julgamentos, e porisso nem mesmo se compreenderia que a revisão fosse necessaria para a existencia dum dos effeitos do julgamento e se considerasse escusada para o proprio julgamento. Além de que, como bem nota PILLET, quando se invoca a auctoridade do caso julgado para delle tirar uma consequencia juridica, dá-se ao julgamento estrangeiro uma verdadeira execução, pois tal julgamento servirá de base, graças á auctoridade do caso julgado, a uma relação juridica que

---

<sup>1</sup> St. dr. CHAVES E CASTRO, *ob. cit.*, pag. 706, nota 1.

terá força executória <sup>1</sup>, isto é, accrescenta o mesmo escriptor, executa-se um julgamento tanto quando se afasta uma pretensão contraria ao caso julgado como quando se ordena a venda dos bens do devedor condemnado <sup>2</sup>.

O que deixamos dicto, não obsta, porém, a que um julgado estrangeiro, que constitue um documento authenticico, possa ser invocado, sem confirmação, como prova dos factos *não contestados* que ali sejam referidos <sup>3</sup>.

É de notar que a convenção de processo civil de 1905 regulou a concessão de *exequatur* das sentenças de condemção por custas ou despesas judiciaes no sentido de simplificar o processo de confirmação, como se vê destas disposições:

Art. 18.º As condemnações em custas e despesas do processo, proferidas num dos Estados contractantes contra o autor ou assistente dispensado da caução, do deposito ou do preparo em virtude, quer do art. 17.º, alíneas 1.ª e 2.ª, quer da lei do Estado onde a acção houver sido intentada, serão, mediante petição feita pela via diplomatica, tornadas gratuitamente executorias pela auctoridade competente em cada um dos outros Estados contractantes.

A mesma regra será applicada ás decisões judiciaes pelas quaes fôr ulteriormente fixado o montante das custas do processo.

As precedentes disposições não obstam a que dois Estados contractantes se intendam entre si para permittir que a petição de execução seja feita directamente pela parte interessada.

Art. 19.º As decisões relativas ás custas e despesas serão declaradas executorias sem audiencia das partes, mas salvo

<sup>1</sup> *Droit international privé*, pag. 387.

<sup>2</sup> *Principes*, pag. 540.

<sup>3</sup> PILLET, *Droit international privé*, pag. 387.

DIR., 19.ª CAD.

ulterior recurso da parte condemnada, em conformidade da legislação do país em que fôr proseguida a execução.

A auctoridade competente para estatuir sobre a petição de execução (demande d'*exequatur*) limitar-se-á a examinar:

1.º Se, em harmonia com a lei do país onde foi proferida a condemnação, a certidão da sentença reúne as condições necessarias para a sua authenticidade;

2.º Se, em harmonia com a mesma lei, a sentença passou em julgado;

3.º Se o preceito da sentença está redigido na lingua da auctoridade requerida ou na lingua convencionada entre os dois Estados interessados, ou se é acompanhado de traducção, feita numa destas linguas, e, salvo accordo em contrario, authenticada por um agente diplomatico ou consular do Estado requerente ou por um traductor ajuramentado do Estado requerido.

Para satisfazer as condições prescriptas na alinea 2.ª, n.ºs 1.º e 2.º, bastará uma declaração da auctoridade competente do Estado requerente affirmando que a sentença passou em julgado. A competencia dessa auctoridade será, salvo accordo em contrario, certificada pelo mais alto funcionario incumbido da administração da justiça no Estado requerente. A declaração e o certificado de que se trata devem ser redigidos ou traduzidos em conformidade da regra constante da alinea 2.ª, n.º 3.º

---

## APPENDICE

a) Como rectificação do que está escrito a pag. LXVII, nota, cumpre observar que, desde 15 de novembro de 1908, o Congo constitue uma colonia belga, e que, porisso, a antiga união pessoal se transformou num estado unitario (*Revue du droit public et de la science politique*, 1908, pagg. 730 e segg).

b) Em substituição do que se diz a pagg. 351 e 352 a respeito da Rumania, deve notar-se que a lei rumena de 15 de março de 1906 estabeleceu a *maioridade nupcial* aos 21 annos para ambos os sexos e aboliu os *actos respeitosos* (ORESCU, *ob. cit.*, pag. 99).

c) Em additamento á nota 2 de pag. 652 relativa á bibliographia e documentos respeitantes ao regimen das jurisdicções no Egypto e no Siam, importa acrescentar: *Clunet*, 1908, pagg. 693 e 1037; Decretos egypcios de 24 de dezembro de 1906.



## ALGUNS ERROS

<i>Pag.</i>	<i>Linha</i>	<i>Erro</i>	<i>Emenda:</i>
xxiii	6	preceitos	conceitos
xxxiv	27	Ponderamos	Ponderemos
xxxviii	21	realização	resolução
xlvi	17	decidida	decisiva
lvii	32	e <i>Livro azul</i>	o <i>Livro azul</i>
lxxxix	15	anualmente	anullados
cx	13	primeira	primeiro
14	5	estatuarios	estatutarios
»	13	peessoa	peessoa
39	15	que tal	qua-tal
45	6	não	são
49	26	sentir	notar
61	20	corrente	de 1908
61	»	1908	1909
64	14	1002	1902
101	28	tratadas	tratados
110	20	1873	1863
132	32	titulo	Livro I
164	25	interesse	interesse e
173	11	tenda	tendo
196	26	iboro-americanos	ibero-americanos
198	23	mais	mas ainda
204	30	miyos	mixtos
219	18	cumprem	cumpram
225	15	impressão	expressão
231	13	acto	auctor
236	6	da	do
241	5	estatuario	estatutario
262	26	<i>srfficiente</i>	<i>sufficiente</i>
272	26	<i>do</i>	<i>da</i>

<i>Pag.</i>	<i>Linha</i>	<i>Erro</i>	<i>Emenda :</i>
279	5	esrados	estados
281	15	dino-	dina-
287	16	1884	1874
288	3	808	108
291	26	preeitos	preccitos
348	7	validade	validade intrinseca
361	2	rumana	rumena
363	5	Bvzzati	Buzzati
»	23	significa	significado
377	27	lhe	se lhe
378	8	Ruvoi	Renvoi
384	25	eludir	illudir
418	19	cautoria	coautorica
426	8 e 25	mosaica	moizaica
427	5	admittiram	admittirem
428	13	como	com o
455	15	consulares	consulares e quaesquer outras auctoridades nacionaes
456	18	occordos	accordos
486	2	Austria	Austria, Hespanha
495	7	de	além de
503	9	de necessidade	de utilidade
557	21	casamentos,	casamentos
»	23	casamento,	casamento
573	29	parece	parecer
574	11	Belgica	Belgica, Austria
578	9	egualmente	geralmente
610	9	nãtractantes	contractantes
643	3	Turquia, na China e em Siam.	Turquia e na China.
650	10	adjunto,	adjuntos
»	11	indigena	indigena,
664	1	dos	pelos

# INDICE

---

## § I

### A sociedade dos estados e o direito internacional

SUMMARIO : — 1. A sociedade internacional: sua genese historica, extensão objectiva e geographica, e forma geral de organização. — 2. Formação evolutiva da sociedade internacional: condições determinantes do seu apparecimento. — 3. *Processus* da evolução da sociedade internacional: tendencias geraes. — 4. Direito regulador da sociedade internacional: seu conceito e sua função geral. — 5. Elementos integradores do direito internacional: sua elaboração historica e progressiva coordenação. — 6. O direito internacional como lei reguladora da solidariedade funcional dos estados. . Pag. III-XXIV.

## § II

### Natureza do direito internacional

SUMMARIO : — 7. Natureza positiva do direito internacional. Significado e valor do direito internacional scientifico. — 8. Natureza *juridica* do direito internacional. Razões adduzidas contra a sua existencia scientifica. — 9. O direito internacional e a falta dum poder legislativo que o declare. — 10. O direito internacional e a falta dum tribunal que o interprete e applique. — 11. O direito internacional e a falta duma sancção coactiva que lhe dê efficacia pratica. — 12. Apreciação final do problema. . . . . Pag. XXV-LII.

## § III

## Fontes do direito internacional

## DIVISÃO I

## Direito internacional consuetudinario

SUMMARY: — 13. Caracter geral das fontes do direito internacional. Sua classificação: o costume e os tratados. — 14. *Costume*. Noção e caracteres geraes. — 15. Importancia, vantagens e funcções do direito internacional consuetudinario. — 16. Meios de verificar a existencia e o alcance do costume internacional. — 17. Extensão da força obrigatoria do costume como modo de formação do direito internacional. . . . . Pag. LIII-LX.

## DIVISÃO II

## Direito internacional convencional

SUMMARY: — 18. Conceito geral de tratado. Suas designações. — 19. Condições de existencia e de validade dos tratados. I Condições intrinsecas:  $\alpha$ ) capacidade dos estados contractantes;  $\beta$ ) objecto dos tratados;  $\gamma$ ) consentimento. — 20. II Condições extrinsecas: forma dos tratados e seu valor. — 21. Classificação dos tratados sob o ponto de vista da formação do direito internacional. *Tratado-tracto* e *tratado-accordo*. — 22. Tratados reguladores de direitos e interesses dos estados e tratados declaradores de preceitos de direito internacional. — 23. Desenvolvimento progressivo do direito internacional convencional. — 24. Amplitude da força obrigatoria dos tratados. . . . . Pag. LX-XC.

## DIVISÃO III

## Fontes mediatas do direito internacional

SUMMARY: — 25. Fontes *immediatas* e fontes *mediatas* do direito internacional. Sua diferenciação. — 26. As fontes mediatas. Reconhecimento, leis nacionaes, decisões dos tribunaes, sciencia do direito internacional. . . . . Pag. XCI-XCV.

## § IV

Dominio objectivo e imperio geographico  
do direito internacional

SUMMARY: — 27. O direito internacional e o direito nacional. — 28. O direito internacional e a moral das nações. — 29. O direito internacional e a *comitas gentium*. — 30. O direito internacional e a politica exterior ou diplomacia. — 31. A homogeneidade de condições sociaes como factor fundamental da communitade das nações e condição determinante do imperio geographico do direito internacional. A civilização europeia e a extensão actual da sociedade internacional. — 32. O direito internacional e os povos de civilização não europeia. Tendencias para o alargamento da communitade internacional ..... Pag. xcvi-cviii.

## § V

Systematização do direito internacional

SUMMARY: — 33. Necessidade e base positiva da organização systematica do direito internacional, Systematização de DE MARTENS. — 34. O systema que seguimos baseado na ideia da communitade internacional considerada na sua organização e no seu funcionamento. Logar que ali occupa o direito internacional privado. . Pag. cix-cxv.

LIVRO I

PRINCIPIOS GERAES

CAPITULO I

Prenoções

§ I

O individuo e a sociedade internacional

SUMMARY: — 1. Aparecimento natural dum direito regulador da situação juridica do individuo na sociedade internacional. O direito internacional privado. — 2. *Processus* da formação desse direito. — 3. A utilidade do novo ramo da sciencia juridica. .... Pag. 1-5.

## § II

## Objecto do direito internacional privado

SUMMARIO : — 4. Determinação geral dos problemas que constituem objecto do estudo do direito internacional privado : condição dos estrangeiros ; conflictos de leis ; efeito dos actos juridicos praticados em pais estrangeiro. — 5. Conflictos de leis que entram na esphera d'acção do direito internacional privado: leis civis, commerciaes e de processo civil. — 6. Conflictos de leis nas relações de estados associados politicamente em união pessoal ou real e confederação ou federação, e conflictos de leis entre provincias ou possessões do mesmo estado ..... Pag. 5-12.

## § III

## Natureza do direito internacional privado

SUMMARIO — 7. Theorias ácerca da natureza do direito internacional privado. Theoria da *comitas gentium*. Theorias da *juridicidade*. A escola nacionalista e a escola internacionalista. — 8. Apreciação destas escolas. — 9. Significado e valor das leis nacionaes em materia de direito internacional privado. — 10. Caracter geral dos preceitos do direito internacional privado formulados nas legislações nacionaes. .... Pag. 13-38.

## § IV

## Uniformização do direito internacional privado

SUMMARIO : — 11. O methodo internacional e o methodo legislativo na constituição do direito internacional privado. Seus caracteres. — 12. Unificação do direito internacional privado. Tendencias doutrinaes. — 13. Trabalho diplomatico para a uniformização do mesmo direito. Tentativas dos governos italiano e hollandês, na Europa, e peruviano, na America. — 14. Primeiros resultados do movimento de codificação do direito internacional privado. O congresso de Montevideu de 1888-1889 e os tratados ahi assignados. — 15. As conferencias da Haya de direito internacional privado de 1893, 1894, 1900 e 1904. A sua obra: Convenção de 1896 sobre processo civil, convenções de 1902 sobre casamento, divorcio e tutela de me-

nores, e convenções de 1905 sobre processo civil, successões, efeitos do casamento, e interdicção. O seu valor para a uniformização e codificação daquelle direito. — 16. A uniformização do direito internacional privado e a theoria das qualificações..... *Pag. 38-67.*

## § V

Fontes e methodo de organização scientifica  
do direito internacional privado

SUMMARIO : — 17. O costume e os tratados como modos de formação do direito internacional privado. — 18. Função pratica da sciencia do direito internacional privado. — 19. Fontes do direito internacional privado *português*. — 20. Methodo de constituição scientifica do direito internacional privado..... *Pag. 67-75.*

## CAPITULO II

## Condição dos estrangeiros

## § I

## Nacionaes e estrangeiros

SUMMARIO : — 21. Noção e importancia da nacionalidade em direito internacional privado. — 22. Competencia para estabelecer as leis attributivas da nacionalidade. Caracter geral destas leis.—23. Principios reguladores da attribuição da nacionalidade. — 24. Conflictos de leis em materia de nacionalidade. A pluralidade de nacionalidades e a falta de nacionalidade..... *Pag. 76-88.*

## § II

## Direitos dos estrangeiros

SUMMARIO : — 25. A condição dos estrangeiros na evolução juridica. Limites minimo e maximo dos poderes do estado em relação aos estrangeiros. — 26. Os estrangeiros e os *direitos publicos*. — 27. Os estrangeiros e os *direitos civis*. Os systemas adoptados pelas legislações na determinação dos direitos civis dos estrangeiros : systema

das incapacidades, systema da reciprocidade e systema da igualdade. — 28. Os estrangeiros e os *direitos politicos*. — 29. Principio fundamental informador da condição juridica dos estrangeiros e caracter geral da situação juridica dos individuos perante o direito internacional. — 30. A condição dos estrangeiros nos estados que não fazem parte da comunidade internacional. — 31. Condição dos individuos sem nacionalidade ou dos que tenham duas nacionalidades. — 32. Condição dos estrangeiros em Portugal. — 33. Protecção dos nacionaes em país estrangeiro. Meios de a tornar efectiva..... *Pag. 89-127.*

### CAPITULO III

#### Conflictos de leis

##### SECÇÃO I

#### Constituição progressiva duma theoria dos conflictos

##### § I

#### Evolução doutrinal

##### DIVISÃO I

#### Theoria dos estatutos

SUMMARIO : — 34. Genese natural dos conflictos : — a *personalidade* e a *territorialidade* na applicação das leis. — 35. A primeira tentativa duma theoria dos conflictos. Os postglosadores como iniciadores da *theoria dos estatutos*. — 36. Organização da theoria estatutaria. Escola franceza do seculo xvi. — 37. Escolas belga e hollandesa do seculo xvii. — 38. Escola franceza do seculo xviii. — 39. Appreciação geral do valor e dos resultados da theoria... *Pag. 128-140.*

##### DIVISÃO II

#### Theorias modernas

SUMMARIO : — 40. Renovação da theoria dos conflictos pelos escriptores allemães do seculo passado : WÄECHTER, SCHLAEFFNER e SAVIGNY. Valor progressivo das doutrinas destes escriptores. — 41. A escola

italiana e a afirmação da lei pessoal como criterio fundamental na resolução dos conflictos. A sua significação e o seu valor. — 42. A reacção contra a escola italiana e a tendencia para a constituição duma theoria dos conflictos que represente a justa coordenação das leis de protecção individual e das leis de garantia social. — 43. Systema de resolução dos conflictos de ANTOINE PILLET. Sua organização e seu valor. — 44. VAREILLES-SOMMIÈRES e a tentativa de restauração da theoria estatutaria. Critica. — 45. Conclusões. *Pag. 140-160.*

## § II

Desenvolvimento da theoria dos conflictos nas legislações  
e nos tratados

SUMMARY: — 46. Systema dos principios geraes de direito internacional privado. Sua formação na evolução doutrinal. — 47. Influencia do systema na evolução legislativa. — 48. Destino do systema dos principios geraes nos tratados declaradores de direito internacional privado. Tratados de Lima de 1878 e de Montevideo de 1889, e convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905. — 49. Valor positivo do systema no estado actual da sciencia do direito internacional privado. — 50. Correntes do direito positivo quanto á resolução dos conflictos . . . . . *Pag. 161-190.*

## SECÇÃO II

## Noções geraes

## § I

Leis de protecção individual. Lei pessoal: sua determinação  
e esphera de applicação

SUMMARY: — 51. Determinação da lei pessoal. Competencia da lei da nacionalidade. — 52. A lei da nacionalidade nas tendencias doutrinaes. O Instituto de direito internacional e as *Regras de Oxford*. — 53. A lei da nacionalidade nas legislações e nos tratados. — 54. A lei do domicilio e a doutrina argentina do direito internacional privado. Systemas de conciliação entre a lei da nacionalidade e a lei do domicilio. — 55. A lei do domicilio como lei pessoal

subsidiaria nos casos de falta de nacionalidade, de duas nacionalidades, e de divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica. A determinação da lei pessoal quando haja divergencia legislativa determinada pela religião ou pela raça. — 56. A lei pessoal competente nas relações entre pessoas de diferente nacionalidade. — 57. Influencia da mudança de nacionalidade na determinação da lei pessoal. — 58. Criterio geral de applicação da lei pessoal. Determinação geral dos factos e relações juridicas a que a mesma lei se applica ..... Pag. 191-221.

## § II

### Leis de garantia social

SUMMARY: — 59. Noção e caracteres geraes das leis de garantia social ou leis de ordem publica. Criterio fundamental da determinação das leis de ordem publica. — 60. Distincção entre leis de ordem publica interna e leis de ordem publica internacional. Seu significado e valor. — 61. Indicação summaria das principaes leis de ordem publica. — 62. Determinação da competencia das leis de ordem publica. — 63. Valor internacional da territorialidade das leis de ordem publica ..... Pag. 221-239.

## § III

### Principio da autonomia da vontade e lei reguladora das obrigações

SUMMARY: — 64. O principio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Sua esphera de acção. — 65. Applicação do principio. Contractos e testamentos. — 66. Noções geraes acerca da lei reguladora das obrigações ..... Pag. 240-256.

## § IV

### Lei reguladora da forma externa dos actos juridicos

SUMMARY: — 67. O principio *locus regit actum*. Sua extensão. — 68. Fundamento do principio. Lei competente para regular a forma externa dos actos juridicos. — 69. Character facultativo ou obrigatorio do principio. — 70. Lei reguladora da forma externa dos actos juridicos segundo o direito portuguez ..... Pag. 257-269.

## § V

Conflictos de leis de direito internacional privado.  
Theoria da devolução

SUMMARIO: — 71. O methodo legislativo e o apparecimento da questão da devolução. Significado e termos desta questão. A *theoria da devolução* e a *theoria tradicional*. — 72. A questão da devolução como questão de interpretação de preceitos legislativos sobre direito internacional privado. — 73. A questão da devolução como uma questão de competencia legislativa em materia de direito internacional privado. *Systemas de FIORE e WESTLAKE*. Critica. — 74. A theoria da devolução na jurisprudencia, nas legislações e na convenção da Haya, sobre casamento, de 12 de junho de 1902. *Apreciação*. — 75. A theoria da devolução perante o direito portuguez. — 76. Meio de evitar a questão da devolução no regimen do methodo internacional ..... *Pag. 270-301.*

## § VI

## Conflictos de qualificação

SUMMARIO: — 77. Modalidades dos conflictos de qualificação. a) Conflicto entre a *lex fori* e a lei dum terceiro estado. — 78. b) Conflicto entre duas leis estrangeiras. — 79. c) Conflicto de qualificação entre leis suppletivas ..... *Pag. 301-305.*

## § VII

## As normas de conflictos no tempo

SUMMARIO: — 80. A successão de normas de conflictos e a questão da sua applicação no tempo. Importancia da questão. — 81. Theoria da retroactividade das normas de conflictos, de NIEDNER. Critica. — 82. Theorias da não retroactividade, de KAHN, CAVAGLIERI, ZITELMANN e DIENA. Critica. — 83. Theoria de ANZILOTTI: — o problema da retroactividade das normas de conflictos é um caso particular do problema geral da retroactividade das leis. Sua legitimidade scientifica ..... *Pag. 306-315.*

## CAPITULO IV

Theoria geral dos direitos adquiridos  
em direito internacional privado

SUMMARIO: — 84. Principio geral do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Seu fundamento. Sua acceitação pelo direito português. — 85. Limitações do principio determinadas pelo modo de ser especial de cada estado. — 86. Condições e alcance da applicação geral do principio. . . . . Pag. 316-324.

## LIVRO II

CONVENÇÕES DA HAYA  
SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

## CAPITULO I

## Relações de familia

## SECÇÃO I

Condições do validade do casamento — Convenção  
de 12 de junho de 1902

## § 1

## O direito de contrair casamento e a lei nacional

SUMMARIO: — 87. Letra do artigo 1.º da convenção. Fórmula primitiva e transformações até á sua redacção definitiva. — 88. A lei nacional como fórma de lei pessoal aceita pela convenção para regular, dum modo geral, o direito de contrair casamento. Direito internacional privado comparado dos estados signatarios da convenção ácerca do direito de contrair casamento. — 89. A fórmula — *direito de contrair casamento* — empregada pelo artigo 1.º da convenção abrange a capa-

cidade matrimonial e os vicios do consentimento. — 90. A lei nacional e os impedimentos matrimoniaes. Auctoridade competente para conceder dispensa dos impedimentos matrimoniaes. — 91. A lei nacional e a theoria dos vicios do consentimento. — 92. Significado da fórmula do artigo 1.º da convenção — «lei nacional de cada um dos futuros conjuges»..... Pag. 325-366.

## § II

## O direito de contrair casamento e a theoria da devolução

SUMMARIO: — 93. O direito de contrair casamento e a doutrina da devolução na conferencia de 1893. — 94. O direito de contrair casamento e a doutrina da devolução na conferencia de 1894. — 95. O direito de contrair casamento e a doutrina da devolução na conferencia de 1900. — 96. Significado e applicação da regra de devolução consignada pelo artigo 1.º da convenção. — 97. Motivos de oportunidade que determinaram a conferencia a aceitar aquella regra de devolução. Apreciação critica desses motivos..... Pag. 367-388.

## § III

O direito de contrair casamento  
e as leis de ordem publica do estado da celebração

SUMMARIO: — 98. Pensamento geral dos artt. 2.º e 3.º da convenção sobre a ampliação ou restricção do systema de impedimentos matrimoniaes da lei competente, segundo o art. 1.º, para regular o direito de contrair casamento. — 99. Principio geral estabelecido pelo art. 2.º da convenção sobre a ampliação do systema de impedimentos da lei nacional. — 100. Especificação dos impedimentos que a lei local pode oppor ao casamento de estrangeiros. a) Impedimento de parentesco. Significado da fórmula do art. 2.º — *graus de parentesco e affinidade*. — 101. b) Impedimento absoluto do casamento entre pessoas culpadas de adulterio de que tenha resultado a dissolução do casamento. — 102. c) Impedimento absoluto do casamento entre pessoas condemnadas por haverem attentado contra a vida do conjuge duma dellas. — 103. Valor do casamento celebrado quando exista algum dos impedimentos a), b) e c). — 104. d) Impedimentos de caracter religioso. — 105. e) Impedimento de divorcio. — 106. Possibilidade da celebração do casamento perante as  
DIR., 19.ª CAD. 45

auctoridades diplomaticas e consulares nos casos de impedimentos de caracter religioso ou de divorcio. — 107. Valor do casamento celebrado perante as auctoridades locais havendo algum destes impedimentos. — 108. Valor do casamento diplomatico ou consular na mesma hypothese. — 109. Principio geral do art. 3.º da convenção ácerca da restricção do systema de impedimentos da lei competente segundo o art. 1.º Casos em que a lei local pode permittir um casamento prohibido pela lei nacional. — 110. Valor do casamento prohibido pela lei nacional e permittido pela lei local em harmonia com a convenção. — 111. Appreciação geral da doutrina dos artt. 2.º e 3.º da convenção. . . . . *Pag. 389-449.*

## § IV

## Prova da capacidade matrimonial

SUMMARIO: — 112. A obrigação de provar a capacidade matrimonial na primeira, segunda e terceira conferencia. Art. 4.º da convenção. — 113. A prova da capacidade matrimonial e o estado da celebração do casamento. — 114. A prova da capacidade matrimonial e o estado de origem dos nubentes. — 115. Extensão e alcance da obrigação de provar a capacidade matrimonial. — 116. Direito comparado dos estados contractantes ácerca da prova da capacidade matrimonial. — 117. Direito português. . . . . *Pag. 450-474.*

## § V

## Fôrma do casamento

## DIVISÃO I

## Fôrma do casamento celebrado perante as auctoridades do estado local

SUMMARIO: — 118. O art. 5.º da convenção. Sua elaboração nas conferencias de 1893, 1894 e 1900. — 119. A fôrma do casamento segundo a legislação interna dos estados contractantes. — 120. Lei reguladora da fôrma do casamento segundo o systema de direito internacional privado de cada um dos estados contractantes. — 121. Termos em que o art. 5.º da convenção reconheceu o principio *Locus regit actum*. — 122. Valor do casamento civil contraído pelos nacionaes dum estado cuja legislação exige uma celebração religiosa. —

123. Obrigação de respeitar as publicações matrimoniaes exigidas pela lei nacional. Consequencia do não cumprimento desta obrigação. — 124. Obrigação de remetter uma copia authentica do assento de casamento ás auctoridades do país de cada um dos conjuges..... *Pag. 475-502.*

## DIVISÃO II

## Casamentos diplomaticos e consulares

SUMMARY: — 125. Disposição e motivos do art. 6.º da convenção, que reconhece os casamentos diplomaticos e consulares. — 126. Casamentos diplomaticos e consulares *de utilidade* e casamentos diplomaticos e consulares *de necessidade*. O consentimento do estado da celebração como fundamento juridico commum das duas categorias de casamentos diplomaticos e consulares. — 127. Condições de validade do casamento diplomatico ou consular de utilidade. 1.ª O casamento deve ser permitido pelo estado a que pertence a legação ou o consulado. — 128. 2.ª) Nenhum dos nubentes deve ser do estado local. — 129. 3.ª) O casamento deve ser consentido pelo estado local. — 130. 4.ª) Deve ser observada a fórmula matrimonial estabelecida pela legislação do estado a que pertence a legação ou o consulado. — 131. 5.ª) Deve ser respeitada a lei competente para regular o o direito de contraír casamento e não devem ser infringidas as disposições da lei local applicaveis aos estrangeiros. — 132. Casamentos diplomaticos e consulares de necessidade e suas condições de validade. — 133. Valor dos casamentos diplomaticos ou consulares no estado a que pertence a legação ou o consulado, no estado da celebração, e em terceiros estados..... *Pag. 503-527.*

## DIVISÃO III

Valor do casamento, nullo quanto á forma no estado de celebração,  
nos demais estados contractantes

SUMMARY: — 134. Disposição e motivos do art. 7.º da convenção. — 135. Casos e condições em que o estado ou os estados de origem dos conjuges e terceiros estados podem usar da faculdade de considerar valido o casamento nullo quanto á forma no estado da sua celebração. — 136. Uso que os mesmos estados farão desta faculdade..... *Pag. 528-541.*

## § VI

## Esphera de applicação da convenção

SUMMARIO: — 137. Disposição e motivos do art. 8.º da convenção. — 138. Criterios geraes ácerca da esphera de applicação da convenção. — 139. Termos em que são applicaveis as leis de estados não contractantes para regular o direito de contrair casamento. — 140. Ampliação e restricção do systema de impedimentos das leis de estados não contractantes pelas leis de ordem publica do estado da celebração do casamento. — 141. Applicação dos artt. 4.º e 5.º da convenção aos casamentos mixtos de nacionaes e não nacionaes dos estados contractantes. — 142. Não applicação do art. 6.º da convenção aos casamentos diplomaticos e consulares celebrados por agentes de estados não contractantes. — 143. Applicação aos casamentos mixtos do art. 7.º da convenção. — 144. A faculdade concedida aos estados contractantes de não applicarem leis de estados não contractantes abrange tanto o momento da celebração do casamento como o momento da sua apreciação judicial. — 145. Disposições dos artigos finaes da convenção. . . . . *Pag. 441-564.*

## SECÇÃO II

Divorcio e separação de pessoas — Convenção  
de 12 de junho de 1902

## § I

## Direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas

SUMMARIO: — 146. Motivos determinantes da convenção sobre divorcio e separação de pessoas. — 147. Legislação comparada dos estados contractantes sobre o direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas. — 148. Legislação comparada dos mesmos estados sobre as causas de divorcio e de separação de pessoas. — 149. Systema seguido pela convenção para determinar o direito de pedir o divorcio ou a separação de pessoas: concordancia da lei nacional e da lei local. — 150. Applicação exclusiva da lei nacional segundo o direito dos estados contractantes. — 151. Separação de pessoas temporaria do direito portuguez, sueco e suizo e sua applicação aos nacionaes em país estrangeiro e aos estrangeiros no país. Separação de pes-

soas do direito allemão e sua applicação nas relações dos estados contractantes. — 152. Systema da convenção ácerca da determinação das causas que podem fundamentar o pedido de divorcio ou de separação. — 153. Conversão da separação em divorcio. Condições em que pode realizar-se. . . . . *Pag. 565-692.*

## § II

**Competencia para pronunciar o divorcio  
ou a separação de pessoas**

SUMMARIO: — 154. Observações geraes ácerca da jurisdicção competente para pronunciar o divorcio e a separação de pessoas. — 155. Competencia da jurisdicção nacional. — 156. Competencia normal da jurisdicção do domicilio. — 157. Competencia necessaria da jurisdicção do domicilio. — 158. Competencia da jurisdicção do domicilio para decretar as providencias provisórias admittidas pela legislação local na previsão de cessar a vida em commum. . . . . *Pag. 592-599.*

## § III

**Effeitos do julgamento do divorcio ou da separação de pessoas**

SUMMARIO: — 159. Principio geral ácerca do reconhecimento dos julgados — de divorcio ou de separação de pessoas. — 160. Condições de que depende esse reconhecimento. — 161. Capacidade matrimonial dos conjuges divorciados. — 162. Lei reguladora dos effeitos do divorcio e da separação de pessoas. . . . . *Pag. 599-605.*

## § IV

**Disposições geraes**

SUMMARIO: — 163. Lei pessoal reguladora do divorcio e da separação de pessoas quando os conjuges não têm a mesma nacionalidade. — 164. Esphera de applicação da convenção. . . . . *Pag. 605-610.*

## CAPITULO II

**Tutela de menores — Convenção de 12 de junho de 1902**

## § I

**Organização da tutela**

SUMMARIO: — 165. Considerações geraes ácerca do regimen juridico internacional das incapacidades. A menoridade e a tutela. — 166. Prin-

cipio fundamental da convenção sobre a lei reguladora da tutela. Causas e duração da tutela. Logar de abertura da tutela. Tutela organizada pelas auctoridades do país a que pertence o menor. Tutela diplomatica e consular.—167. Providencias estabelecidas pela convenção para que a tutela seja organizada pelas auctoridades nacionaes.—168. Tutela organizada pelas auctoridades do estado de residencia habitual do menor. Seu character e seu regimen.—169. Nomeação do tutor. Incapacidades, exclusão, remoção e excusas dos tutores..... *Pag. 611-625.*

## § II

### Administração da tutela

SUMMARIO: — 170. Unidade da administração da tutela. — 171. Poderes do tutor quanto á pessoa do menor. — 172. Poderes do tutor quanto aos bens do menor. — 173. Responsabilidade do tutor. — 174. Esphera de applicação da convenção..... *Pag. 625-631.*

## CAPITULO III

### Processo civil — Convenção de 17 de julho de 1905

SUMMARIO: — 175. Necessidade de referir, a par com as disposições da convenção sobre processo civil, algumas noções de direito internacional judiciario. — 176. Os estrangeiros e o direito de acção. Tendencia para a sua equiparação aos nacionaes.—177. Direito portuguez. — 178. Territorialidade das jurisdicções nos estados de civilização europeia.—179. Jurisdicções pessoaes nos estados de capitulações. — 180. Tribunaes mixtos do Egypto e tribunaes internacionaes de Siam. — 181. Regimen juridico internacional da acção judiciaria. Lei reguladora da capacidade para estar em juizo e da determinação dos meios de prova. — 182. Comunicação internacional de actos judicarios e extra-judicarios. Meios de a realizar segundo a convenção de 1905.—183. Rogatorias internacionaes. Seu regimen segundo a convenção. — 184. A sentença e a applicação do direito estrangeiro. — 185. Execução de sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros..... *Pag. 632-678.*







