

APONTAMENTOS

DE

DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO

Colligidos em harmonia
com as prelecções feitas pelo
Sr. Dr. Machado Villela ao curso
do 5.^o anno juridico de 1911 a 1912

POR

Augusto Baptista e Arthur Rebello

1911

COIMBRA

Typ. Lusitana
R. Sá da Bandeira, 64

A Ex. m. Sr. Dr. Machado Villela

com muita consideração

respeito

S. Antonio

CAPITULO I

NOÇÕES PRELIMINARES

§ 1.º — Conceito do direito internacional.

1 — Formação de relações internacionaes de caracter privado :

a) Relação nacional e relação internacional ;

b) Causas das relações internacionaes do caracter privado :

α) Emmigração e immigração ;

β) Trocas internacionaes ;

c) Formas das relações juridicas internacionaes.

2 — Genese do direito internacional privado.

3 — Caracter geral e conceito do direito internacional privado.

§ 1.º

Conceito do direito internacional

1 — a) Desempenhando o direito na sociedade uma função de garantia das varias relações tendentes á satisfação das varias necessidades individuo-sociaes e basean-

do se a distincção do direito em diversos ramos no diverso character dessas relações, evidente se torna que o primeiro passo a dar no estudo deste ramo do direito é determinar a natureza propria das relações sociaes que elle é chamado a determinar. E assim começaremos por definir a relação de character internacional.

Uma relação juridica é uma relação social regulada e garantida pelo direito. A relação juridica pode revestir o duplo character: *nacional* ou *internacional*.

E' *nacional* quando se constitue e só produz effeitos num só determinado paiz e só entre os cidadãos desse paiz; por exemplo: um contracto celebrado entre portuguezes, em Portugal e que deva produzir effeitos só em Portugal, é uma relação nacional.

E' *internacional* toda a relação que por algum dos seus elementos, ou pelo logar da sua execução é posta em contacto com leis de paizes differentes; por exemplo: dois espanhoes realizam em Portugal um contracto de arrendamento dum predio situado em Espanha. Esta relação é internacional, por quanto os seus elementos são regulados pelas leis portugueza e espanhola. Assim é que a capacidade dos contraentes, que é um dos elementos da relação, é regulada, como se acha disposto no art. 27.º do nosso codigo civil, pela lei espanhola; a sua forma tem de subordinar-se a prescripções da lei portugueza, podendo ainda a execução effectuar-se d'harmonia com a lei espanhola.

b) A expansão internacional do commercio, a crescente facilidade e rapidez das communicações, o desejo da ins-

tracção, o amor das viagens, a emmigração, a tendencia apaixonada dos povos para a aquisição e exploração de novos territorios, mil cousas, em summa, vieram determinar a deslocação dos individuos do seu paiz e produzir uma intensissima mutualidade de relações entre os individuos de diversos paizes, originando, na phrase de Pillet, uma inaudita *multiplicação das trocas internacionaes* e uma larguissima *penetração reciproca dos povos*, que são as grandes características da nossa epocha.

E, com effeito, o exame dos factos da vida moderna demonstra-nos eloquentemente que a *emmigração* e a *immigração* e as *trocas internacionaes* são os factores da *internacionalização* progressiva da vida privada.

α) Consultemos as estatisticas demographicas.

Começaremos por Portugal :

Em 1909 a população portugûesa era de 5.668:954 habitantes; a emmigração foi de 38.243 hab.; e o numero dos estrangeiros, era de 41 728, segundo o recenseamento de 1900.

Dos emmigrantes o maior numero dirige-se para o Brazil: em 1909 o numero de portugûeses que deu entrada naquelle paiz foi superior a 30:000.

A immigração portngûesa é essencialmente constituida por espanhoes: dos 41.728 que em 1900 se encontravam em Portugal 27.000 eram espanhoes.

A Espanha tinha em 1900 uma população de 18.618.086 hab.

A sua emmigração foi de 150.640 hab.

A população brasileira era em 1907 de 20 milhões de habitantes. Calcula-se em 85.000 o numero de estrangeiros que em 1910 deram entrada no Brazil.

A Inglaterra tinha, segundo o recenseamento de 1901 42 milhões de habitantes. A sua emigração foi em 1907 de 634.949.

Muitos numeros mais poderíamos apresentar relativos aos outros paizes, mas estes são bastantes para demonstrar á evidencia a tendencia dos povos para abandonarem o seu paiz e irem, em grande numero, exercer a sua actividade em paizes estrangeiros.

Daqui resulta que num paiz se encontram em contacto individuos de diferentes nacionalidades, creando assim, ao lado da sociedade nacional, a sociedade internacional da ordem privada, nascida como que do entrelaçamento dos varios Estados nas suas relações mutuas, e constituida por todos os individuos dos Estados que fazem parte da comunidade internacional, e que se encontram fóra do paiz.

β) Como já foi dito, as *trocas internacionaes* são outro factor das relações internacionaes privadas. Comparemos as estatisticas de importação e exportação dos varios paizes e isso nos convencerá da intensissima troca internacional.

O commercio de exportação e importação em Portugal, em 1909, foi respectivamente de 30 mil e 64 mil contos.

Em Espanha o valor da importação e exportação foi em 1907 respectivamente de 945 milhões de pesetas e 943 milhões de pesetas.

No Brazil a importação foi em 1908 de 35 milhões e meio de libras e a exportação de 44 milhões.

Em Inglaterra a importação em 1908 foi de 593 milhões de libras e a exportação foi de 441 milhões de libras.

Em França em 1908 a importação foi de 530 milhões de francos e a exportação de 466.

O valor da exportação allemã foi em 1908 de 324 milhões de libras e a importação foi de 403 milhões.

Nos Estados Unidos a importação attingiu em 1907 a cifra de 1 bilião 311 milhões de dollars, e a exportação de 1 bilião 638 milhões.

Na Italia a importação em 1909 foi de 116 milhões de liras e a exportação de 69 milhões de liras.

Estes numeros demonstram cabalmente a intensa multiplicação das trocas internacionaes, que é, como diz Pillet, umas das caracteristicas da nossa epocha.

Ora, contando se por milhares os estrangeiros que se encontram em todos os paizes, calculando-se por milhões os contractos realizados entre individuos de differentes nacionalidades, sendo, finalmente, progressiva a *internacionalização* das relações individuaes, indispensavel era a criação dum direito novo que viesse regulamentar e garantir essas manifestações da actividade individual, para esta poder ser exercida com a necessaria segurança.

E' absolutamente indispensavel que o individuo que sae do seu paiz tenha garantida, noutro paiz, a sua segurança, que a pessoa coagida a abandonar a sua terra encontre, no paiz que escolheu como refugio, a garantia da sua individualidade.

E' absolutamente preciso que haja normas politicas que mostrem á evidencia que as trocas não são burlas, que o commerciante que exporta, tem assegurado o preço das suas mercadorias, e que a pessoa que paga esse preço tem o direito de dispôr das mercadorias que comprou.

Por isso, a internacionalização progressiva das relações individuaes exigia naturalmente tambem a criação progressiva de um direito novo — *direito internacional privado* — para que a actividade individual se exercesse com a indispensavel segurança.

« Ir-se-ia ao estrangeiro, pergunta Pillet, se não houvesse a certeza de ahí ter segura a pessoa e a propriedade dos bens? Immigrar-se-ia se se corresse o risco de ser excluido da protecção do direito? 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? »

c) As formas que podem revestir as relações juridicas de character internacional privado são as seguintes: 1.^a) relações entre individuos de diferentes paizes constituídas ou no mesmo paiz ou em paizes diferentes; está no primeiro caso um contracto celebrado entre um portugês e um francês em Portugal, e no segundo um contracto realizado por um portugês residente em Portugal com um francês residente em França; 2.^a) relações respeitantes á posse de bens situados em paiz estrangeiro ou ao exercício

da actividade no estrangeiro; 3.^a) relações entre nacionaes do mesmo paiz constituidas no estrangeiro.

Esta ultima especie, na generalidade dos casos, não se pode considerar como caracteristicamente internacional, visto não determinar a concorrência de leis de paizes diferentes, mas ser regulada pela lei nacional. E' que a soberania pode ser considerada sob o duplo aspecto: territorial e pessoal. E' territorial quando se exerce sobre todos os individuos que se encontram no territorio do respectivo Estado; é pessoal quando acompanha o individuo, exercendo-se assim extraterritorialmente. Resulta isto do principio da *penetração reciproca das soberanias*, traduzido no mutuo reconhecimento pelos Estados das manifestações da sua soberania.

Dizemos que esta ultima especie de relações não é, na *generalidade dos casos*, caracteristicamente internacional, porque é certo que algumas vezes as relações nella comprehendidas podem revestir esse character. Isto succede todas as vezes que os interesses tutelados pela lei nacional dos contractantes, estejam em concorrência com os dos estrangeiros.

As relações juridicas desde que ponham em concorrência leis de paizes diferentes, isto é, sempre que por qualquer dos seus elementos se ponham em contacto com leis de diferentes Estados, são internacionaes.

Mas não basta a simples regulamentação das relações sociaes. Ellas deixariam de realizar o fim a que se dirigem, se um systema solido de garantias não desse aos elementos entre os quaes essas relações se formam a certeza do

cumprimento das obrigações e do pacífico exercício dos direitos que dellas naturalmente derivam.

2 — A civilização sempre crescente dos tempos modernos fez nascer uma nova ordem de relações sociaes que não tinham regulamentação no dominio proprio do direito nacional. Esta nova ordem de relações sociaes é condição fundamental da vida das sociedades actuaes.

Uma simples observação do mais singelo estabelecimento mostra claramente esta verdade. E' assim que nelle se encontram productos de todo o mundo, revelando desta forma o desenvolvimento enorme e sempre crescente da cooperação mundial. Esta cooperação seria praticamente impossivel, se a par das relações em que se concretisa, se se não tivesse creado uma ordem jurídica que as assegurasse e facultasse o seu desenvolvimento. E' precisamente nestes actos que assenta a existencia do direito internacional privado.

3 — Como acabamos de dizer, a necessidade de regulamentar e garantir a sociedade internacional de ordem privada produziu o apparecimento do direito internacional privado, isto é, dum conjuncto de preceitos necessarios á conservação e desenvolvimento 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 garantias juridicas para a proteccão d'aquelles cuja actividade se torna effectiva fóra da acção jurisdiccional do seu paiz.

O direito internacional privado é pois — *o regimen juridico das relações entre os Estados respeitantes aos interesses dos seus nacionaes considerados como simples particulares.*

§ 2.º — Objecto do direito internacional privado.

4 — Condição dos estrangeiros ;

5 — Conflictos de leis :

a) Leis civis ; leis commerciaes ; leis de competencia em processo.

b) Conflictos entre leis de Estados autonomos ; conflictos entre leis de Estados que vivem politicamente associados ; conflictos entre provincias dum Estado unitario.

6 — Reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.

§ 2.º

Objecto do direito internacional privado

4—Depois de termos determinado o conceito do direito internacional privado, somos naturalmente encaminhados a precisar bem as diversas questões que compõem o dominio que lhe é proprio.

Neste estudo não nos basearemos em princípios apriorísticos, mas procuraremos orientar-nos pela realidade objectiva dos factos por que se revela e manifesta o direito internacional privado. Ora estes factos são os *costumes internacionaes, os tratados e as leis internas.*

Mas, quando se procura difenir as relações jurídicas de character internacional, a primeira questão, que naturalmente se nos depara, é a de saber se os estrangeiros têm ou não têm direitos, e em caso affirmativo, quaes elles sejam, ou melhor, de saber se ao estrangeiro é ou não reconhecida pelo Estado em que se encontra a capacidade juridica.

Uma analyse succinta dos costumes, tratados e leis interna mostra-nos immediatamente que os diversos Estados reconhecem dum modo geral a personalidade juridica dos estrangeiros. E, quando assim não succede, isto é, quando algum Estado não reconhece aos cidadãos doutro Estado as *faculdades juridicas* para a realização dos seus interesses, não faltam reclamações que por vezes dão logar a conflictos graves e até mesmo a guerras.

A Historia fornece-nos exemplos numerosos de luctas derivadas da falta de garantias dos Estados aos estrangeiros que nelles exercem a sua actividade, como a guerra anglo-boer, a guerra da China (depois da insurreição dos boxers) e actualmente a guerra italo-turca que, pelo menos aparentemente, foi motivada pela necessidade da defêsa dos interesses dos cidadãos italianos na Tripolitana.

Em todos os tratados vemos o reconhecimento dos direitos dos cidadãos dos Estados contractantes. Assim o

artigo 1.º da convenção de Haya sobre as condições da validade do casamento, de 12 de junho de 1902, dispondo que o direito de contrahir casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos conjuges, reconhece implicitamente o direito de personalidade aos estrangeiros. Os codigos civil e commercial portuguezes regulam tambem a condição dos estrangeiros respectivamente nos artt. 26.º a 31.º e 7.º.

E, se o direito internacional privado é o regimen juridico das relações entre os Estados respeitantes aos interesses dos seus nacionaes, como simples particulares, deve abranger tudo o que respeitar aos estrangeiros nas suas relações quando sejam considerados como meros particulares. Por consequencia tudo o que se refere á condição juridica dos estrangeiros entra no ambito do direito internacional privado.

O problema da determinação da condição juridica dos estrangeiros é naturalmente o primeiro a ser tratado, visto que de nada valeria o saber-se da efficacia dos actos realizados pelos estrangeiros, se a lei lhes não reconhecesse capacidade para os praticar.

Muitos escriptores discutem ainda hoje se a condição juridica dos estrangeiros é objecto do direito internacional publico ou privado. Estes escriptores, porém, partem da preocupação de que existe uma differença fundamental entre o direito internacional publico e privado, differença que, na verdade, não existe. Outros, não admittindo a condição dos estrangeiros como objecto do direito internacional publico, excluem-na tambem do ambito do direito interna-

cional privado, porque consideram o conflicto das leis como objecto exclusivo deste.

5—Vimos que o problema anterior consiste em saber se aos estrangeiros eram reconhecidos direitos e quaes esses direitos.

Os costumes e tratados internacionaes bem como as leis internas reconhecem aos estrangeiros o direito de personalidade, o direito de contrair matrimonio, a liberdade do pensamento, do culto, emfim um conjuncto de direitos economicos, como o de contratar, e ainda certos poderes ou faculdades juridicas que, conquanto virtualidades, são condições indispensaveis á vida normal dos individuos numa sociedade civilizada.

Entre nós o codigo civil prescreve no art. 26.^o que — « os estrangeiros que viajam ou residam em Portugal têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes emquanto aos actos que hão-de produzir os seus effeitos neste reino. . . » Mas, sendo assim, qual a lei que deve regular o exercicio desses direitos? Supponhamos que um espanhol residente em Portugal deseja adquirir um predio rustico; exigindo, porém, o art. 643.^o do mesmo codigo a capacidade dos contrahentes, o mutuo consenso, e o objecto possivel como condições da validade dos contractos, e prescrevendo o art. 686.^o as formalidades de que essa validade depende, surge naturalmente a duvida acerca da lei a que se deve attender pelo que respeita á capacidade, ao modo de prestar o consentimento e ás formas a obser-

var na realização do contracto. E como na nossa hypothese temos duas leis em contacto, a espanhola e a portugueza, precisamos saber qual das duas se deve applicar.

Eis como surge o segundo elemento do objecto do direito internacional privado—o *conflicto das leis*.

O conflicto das leis dá-se sempre que os diversos elementos do facto, cujo concurso é necessario para a constituição duma certa relação de direito, não sejam todos submettidos ao imperio da mesma legislação, ou seja, quando uma dada relação juridica se relaciona por algum dos seus aspectos com leis de paizes differentes.

No exemplo anterior qual das duas leis ha-de regular o contracto pelo que respeita á capacidade? Segundo a lei espanhola só se é maior aos 23 annos, e segundo o nosso direito o individuo é maior aos 21 annos. Como resolver a questão? Eis um conflicto de leis que o nosso cod. civil resolve no art. 27.º, dispondo que « o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz ». No nosso exemplo, a capacidade será, pois, regulada pela lei espanhola.

a) 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, e por isso 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*.

As leis de processo, porque respeitam á organização e funcionamento dum serviço do Estado, a função jurídica, *judiciaria* entram claramente na esphera de acção do direito publico interno, e porisso 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 formas ou prazos de processo, a execução das sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, as rogatorias entre autoridades judicarias de paises diferentes, e, em geral, a organização e funcionamento das jurisdições relativamente a estrangeiros ou a actos passados em pais estrangeiro, affectam o interesse dos Estados considerados como collectividades politicas, e portanto integram-se naturalmente na parte do direito internacional respeitante aos interesses geraes e direitos dos Estados. Contudo os principios de processo civil e commercial representam um complemento tão indispensavel do direito respectivo como meio de organizar e tornar effectiva a sanção deste direito que a generalidade dos escriptores estuda os respectivos conflictos no direito internacional privado.

b) Os conflictos das leis privadas podem dar-se, quer nas relações de Estados autonomos quer nas relações de Estados politicamente associados, mas que conservam a autonomia da legislação, quer ainda entre provincias ou possessões dum Estado unitario, quando nelle vigorem leis differentes.

A' hypothese de relações entre Estados autonomos 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 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 similhança, 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, 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 comprehendendo que uma pessoa seja collocada, sob o ponto de vista do direito privado, numa situação inferior por pertencer a uma comunidade politica differente d'aquella em cujo territorio tem a sua residencia, e seria inintellegivel que um aeto regularmente celebrado em um dos Estados componentes

do mesmo systema politico não fosse reconhecido pelos outros Estados.

Na hypothese de differença legislativa entre provincias ou colonias dum Estado unitario ou entre a metropole e as colonias, a situação é similhante á da hypothese anterior. Haverá naturalmente conflictos de leis privadas e estes ainda deverão ser resolvidos, por similhança, segundo os principios de 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 suppõe, além disso, a divergencia e completa separação das soberanias.

6 — Verificados os direitos que num paiz são reconhecidos aos estrangeiros, resolvido o problema do conflicto de leis, resta saber quaes são os effeitos dos actos praticados no estrangeiro, ou seja, se os direitos adquiridos num paiz serão reconhecidos noutra paiz.

Supponhamos que um portuguez faz o seu testamento em França. Qual o valor deste testamento em Portugal?

O nosso cod. civil, dispondo no art. 1961.º que a os testamentos, feitos por portuguezes em paiz estrangeiro, produzirão os effeitos legaes no reino, sendo formulados authenticamente, em conformidade da lei do paiz onde

forem celebrados », reconhece a efficacia do direito adquirido no estrangeiro.

Disposições analogas se encontram em todas as legislações europeias, nos tratados, nomeadamente na convenção de Haya de 1902, podendo dizer-se que é um principio assente no direito internacional o reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro.

Este problema entrou no ambito do direito internacional privado não sem difficuldades. Foi Antoine Pillet o primeiro que, no seu monumental trabalho — *Principes de Droit international privé*, — ali o incluiu.

Precisado assim o objecto do direito internacional privado que, como dissemos, é constituído pela regulamentação em cada paiz da condição dos estrangeiros, pela resolução dos conflictos entre legislações differentes e pelo reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, falta-nos agora verificar o elemento differencial dos tres problemas. A differença encontra-se, como diz Pillet, nos 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 *sanção*, quando o titular do direito realizado reclama as prerogativas a esse direito inherentes. Todos estes momentos são distinctos, e distinctos são tambem as questões que lhes correspondem no direito internacional privado.

§ 3.º — Fontes do direito internacional privado.

8 — Conceito geral.

9 — Costume internacional :

a) Noção ;

b) Elementos de constituição :

α) Prática de actos semelhantes; β) reciprocidade;
δ) vontade identica.

c) Função ;

d) Força obrigatoria.

10 — Tratado normativo.

a) Conceito de tratado.

b) Classificação :

I) Tratado contracto ;

II) Tratado normativo ou tratado accordo: α) regulador dos direitos ou interesses dos Estados; β) declarador do direito internacional.

c) Começo e duração da força obrigatoria dos tratados.

11 — Leis Internas :

1.º Leis previstas em tratados dum modo imperativo ;

2.º Leis simplesmente previstas em tratados ;

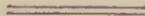
3.º Leis de pura iniciativa dos Estados.

12 — Fontes do direito internacional *português*

a) Costume internacional português ;

b) Tratados ;

c) Leis internas.



§ 3.º

Fontes do direito internacional privado

§ — Depois de termos determinado o conceito do direito internacional privado e o seu objecto, importa agora ver quaes os modos de formação dos preceitos deste ramo do direito, ou quaes as fontes que regulam a condição juridica dos estrangeiros, o conflicto de leis e o reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.

Mas o que devemos entender por fontes do direito internacional privado, dum modo geral? Como já dissemos, o direito internacional privado é uma ordem juridica entre Estados que, segundo a organização das modernas sociedades civilizadas, são independentes e autonomos, não havendo, por isso, nenhuma entidade superior que lhes possa dictar normas de conducta. Mas se os Estados vivem uma vida autonoma e independente, tambem é certo que elles vivem na maxima solidariedade imposta pela civilização a que chegaram, que lhes não permite dispensar a mutua cooperação. Se, porém, é o principio da egualdade soberana que domina a commuidade internacional, como se explica a existencia de preceitos obrigatorios que vinculem a vontade dos Estados? A razão desta existencia só pode encontrar-se na manifestação das suas vontades no sentido de crearem e se obrigarem por estes preceitos. O direito presuppõe sempre uma manifestação da vontade ou vontades. Enquanto não se verificar este elemento, não

póde haver direito. De maneira que toda a theoria das fontes do direito internacional privado se resume em determinar as fórmias porque os Estados manifestam as suas vontades no sentido de crearem os preceitos do mesmo direito.

9 — a) As fórmias fundamentaes que pode revestir a vontade dos Estados na sua manifestação são a *tacita* traduzida no *costume* e a *expressa* traduzida nos *tratados*.

O costume internacional é alguma coisa de semelhante ao costume interno. Assim como este corresponde á manifestação expontanea e despida de formalidades da consciencia juridica dum povo, assim aquelle é a revelação de egual natureza e fórma da consciencia juridica dos Estados nascida da necessidade da convivencia internacional. Elle é, como o definiu Ulpiano « *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* » ou, ampliando a formula ao costume internacional — o *accordo tacito dos Estados para a constituição dum preceito juridico de character internacional*.

b — α) O *accordo* é sempre uma correspondencia de vontades, que se manifesta ou expressamente ou pela pratica continuada de actos semelhantes.

A pratica continuada de actos semelhantes é, pois, o primeiro elemento constitutivo do costume. Foi por esta fórma que se constituiu, por exemplo, o reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros. Os Estados civilizados, por actos successivos, reconheceram que os

extrangeiros que viajassem ou residissem nos seus territorios tinham direitos e obrigações. Ora a pratica destes actos pelos Estados europeus teve como consequencia o reconhecimento da personalidade juridica dos extrangeiros.

β) Mas não basta só a pratica successiva dos actos para a constituição do direito internacional consuetudinario, é necessario ainda que essa pratica seja *reciproca*, isto é, que os Estados pratiquem esses actos com o intuito de corresponder á vontade dos outros Estados. Um exemplo dará uma ideia clara deste segundo elemento: supponhamos dois individuos que se encontram ao mesmo tempo no mesmo lugar e dahi se dirigem pelo mesmo caminho para o mesmo destino. Entre elles não houve o mais pequeno entendimento e todavia praticaram o mesmo acto. Houve reciprocidade? Não, porque não houve accordo. Mas supponhamos agora que os dois combinam o mesmo caminho a seguir para a consecução dum fim commum: aqui ha reciprocidade, porque houve correspondencia de vontades para o mesmo fim.

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 o valor juridico a uma dada norma das relações internacionaes. Em taes condições, o costume revela uma tendencia da vontade internacional, pois representa a convergencia espontanea dos Estados para uma conducta commum, e sa-

tisfaz 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.

ð) Daqui resulta que a *vontade identica* é o terceiro elemento, e o decisivo, da constituição do costume.

Assim é hoje principio assente que os ministros representantes dos Estados junto doutros Estados gosam de certas e determinadas garantias que vulgarmente se denominam prerogativas diplomaticas: o attentado contra as suas pessoas é punido por leis especiaes; não podem ser demandados e julgados criminalmente pelos tribunaes locais, porque gosam do principio da extraterritorialidade, etc. Como e porque se constitue este costume? Pela pratica successiva e reciproca de actos que representam alguma coisa que os Estados querem e acceitam.

c) Na primitiva vida juridica romana o costume tinha não só a função de crear o direito, mas tambem a de o revogar. A' medida que a evolução juridica romana vae avançando, o costume vae perdendo pouco a pouco a sua primitiva importancia, de forma que na epocha justineanea elle não tem a força revogatoria, mas simplesmente creadôra. Nos tempos modernos, no campo do direito privado o costume cede completamente o passo ao direito escripto, não sendo revogatorio nem introductivo.

O direito internacional segue evolução analoga á do direito privado interno. Apparece primitivamente sob a

fôrma exclusivamente consuetudinaria. Mas á maneira que a evolução avança, vão apparecendo a par das normas consuetudinarias as normas escriptas, restringindo-se assim o campo do costume. E, como o direito internacional privado é de formação recente, o costume mantém ainda as suas funcções revogatoria e creadôra.

d) As regras consuetudinarias formadas pela prática dos Estados civilizados obrigam naturalmente aquelles Estados que com os seus actos concorreram para as produzir.

Mas limitar-se ha 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 desenvolvimento. E' assim que, notam alguns escriptores, os Estados interiores devem respeitar o direito internacional marítimo e, quando um dia se tornem Estados marítimos por um alargamento territorial ou por qualquer outra cir-

cumstancia, serão obrigados a cumprir os preceitos desse direito. Em todo o caso, o simples facto de os Estados, que não concorreram para a formação do costume internacional, entrarem na comunidade internacional e nella quererem conservar-se representá a adhesão destes Estados aos principios do direito em que assenta a mesma communitade, 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 o principio de que a força obrigatoria do direito internacional apenas deriva da vontade commum dos Estados.

E approximando-nos agora da acção que o costume exerceu na formação do direito internacional privado, verificamos que muitos dos principios fundamentaes e muitas instituições do direito internacional a elle deveram a sua origem e ainda hoje encontram no accordo tacito dos Estados a garantia do seu reconhecimento e da sua observancia, como, por exemplo, o reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros.

Este costume tem os signaes da sua existencia nas legislações internas dos differentes paises, nos tratados e principalmente no facto de os Estados reclamarem perante os outros Estados, quando não seja reconhecido este direito aos seus nacionaes, reclamações que têm dado lugar, como já atraz fica dito, a verdadeiras guerras, quando a arbitragem não pode resolvel-as pacificamente.

E que isto é assim vem mostra-lo, duma maneira directa e eloquente, a repressão do trafico dos escravos.

Depois que os Estados europeus aboliram a escravidão

nas metropoles, ella appareceu nas colonias como forma de organização do trabalho, sendo mais tarde tambem alli extincta pelos Estados christãos. Mas nos Estados de civilização inferior, como os musulmanos, a escravidão continua ainda. Ahi não podem os Estados civilizados exercer a sua acção repressiva, visto que todos os Estados independentes gosam da autonomia, podendo, por isso, ter as instituições que elles acharem mais convenientes á sua conservação e desenvolvimento. Mas podem os Estados que a aboliram oppôr-se ao trafico, quando este se faça em mares não territoriaes do Estado traficante, tendo sido constituida para esse fim em 1890 uma união internacional.

Mas ha mais. E' principio corrente que o escravo, que consegue fugir do seu paiz para um Estado, onde não é permittida a escravidão, fica por esse facto livre, não podendo ser reclamado pelo seu senhor; que um escravo, que tenha commettido um crime e se tenha escapado para o estrangeiro, não póde ser extraditado, afim de não ser reduzido de novo á escravidão.

A acção do direito consuetudinario vae mais longe ainda, pois reconhece valor e efficacia ás leis estrangeiras.

Os Estados são independentes e autonomos, mas precisam de viver harmonica e solidariamente, devendo por isso respeitar-se na sua soberania. E, como a legislação é a manifestação suprema da soberania, resulta que elles devem respeitar-se nas suas legislações. E que consequencias derivam deste facto? E' que os Estados não podem sujeitar os estrangeiros só ás suas leis, devendo por isso ter um systema de normas para a resolução dos conflictos

que surgem, quando as relações jurídicas constituídas por estrangeiros estão por qualquer dos seus elementos em contacto com as leis nacionaes e estrangeiras.

Na verdade, não ha legislação nenhuma que admitta o principio absoluto da territorialidade. Ainda nos paizes mais territorialistas, como são a Inglaterra e os Estados Unidos da America do Norte, se encontram principios legislativos daquella natureza. Isto significa que todos os Estados reconhecem a necessidade de substituir em alguns casos o imperio da sua lei pelo da nacionalidade do estrangeiro.

E, lançando a vista pelas legislações de todos os Estados, vemos consignados os seguintes principios que são a cabal affirmação do que acabamos de dizer:

O estado e a *capacidade* dos estrangeiros são regulados pela lei ^{nacional} pessoal ou pela lei do domicilio;

A situação jurídica dos immoveis é regulada pela *lex rei sitae*;

As acções propostas por estrangeiros são sempre reguladas pela *lex fori*;

Todas as leis de interesse e ordem publica applicam-se tanto a nacionaes como a estrangeiros.

Todos estes principios foram produzidos pelo costume e constituem a base do direito internacional privado.

10 — Dissemos anteriormente que a manifestação tacita da vontade dos Estados para a constituição do direito internacional se traduzia no costume; vamos agora

occupar-nos dos tratados que são o producto da sua manifestação expressa.

Tratado é — o *accordo expresso entre dois ou mais Estados, para o effeito de regular as suas relações mutuas*. Representa, por isso, a expressão nitida da natureza do laço *constitucional* que liga os Estados no exercicio da sua actividade commum, sendo a fórmula natural de regular as relações dos organismos politicos que, embora ligados pela solidariedade dos seus interesses e das suas tendencias, conservam a sua liberdade de acção e a sua autonomia soberana.

b — I) Os tratados dividem-se em *tratados contractos* e em *tratados normativos* ou *tratados accordos*. A differença deriva da natureza dos interesses que elles regulam.

Assim umas vezes o tratado constitue um negocio juridico tendente 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. A esta fórmula 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. O *tratado con-*

que surgem, quando as relações jurídicas constituídas por estrangeiros estão por qualquer dos seus elementos em contacto com as leis nacionais e estrangeiras.

Na verdade, não ha legislação nenhuma que admitta o principio absoluto da territorialidade. Ainda nos paizes mais territorialistas, como são a Inglaterra e os Estados Unidos da America do Norte, se encontram principios legislativos daquela natureza. Isto significa que todos os Estados reconhecem a necessidade de substituir em alguns casos o imperio da sua lei pelo da nacionalidade do estrangeiro.

E, lançando a vista pelas legislações de todos os Estados, vemos consignados os seguintes principios que são a cabal afirmação do que acabamos de dizer:

O estado e a capacidade dos estrangeiros são regulados pela lei ^{nacional} pessoal ou pela lei do domicilio;

A situação jurídica dos immoveis é regulada pela *lex rei sitae*;

As acções propostas por estrangeiros são sempre reguladas pela *lex fori*;

Todas as leis de interesse e ordem publica applicam-se tanto a nacionais como a estrangeiros.

Todos estes principios foram produzidos pelo costume e constituem a base do direito internacional privado.

10 — Dissemos anteriormente que a manifestação tacita da vontade dos Estados para a constituição do direito internacional se traduzia no costume; vamos agora

occupar-nos dos tratados que são o producto da sua manifestação expressa.

Tratado é — o *accordo expresso entre dois ou mais Estados, para o effeito de regular as suas relações mutuas*. Representa, por isso, a expressão nitida da natureza do laço *constitucional* que liga os Estados no exercicio da sua actividade commum, sendo a fórmula natural de regular as relações dos organismos politicos que, embora ligados pela solidariedade dos seus interesses e das suas tendencias, conservam a sua liberdade de acção e a sua autonomia soberana.

b — I) Os tratados dividem-se em *tratados contractos* e em *tratados normativos* ou *tratados accordos*. A differença deriva da natureza dos interesses que elles regulam.

Assim umas vezes o tratado constitue um negocio juridico tendente 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. A esta fórmula 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. O *tratado con-*

tracto é, pois, o que tem por fim conciliar interesses divergentes. Supponhamos, por exemplo, que Portugal, a braços com um excesso de produção vinícola, tem por outro lado, falta de cereaes; que os Estados Unidos da America têm um excesso de produção cerealifera e falta de vinho. Os interesses dos dois Estados são claramente oppostos, e, em virtude d'isso podem elles entrar em negociações para o estabelecimento dum tratado tendente a conciliar estes interesses, obrigando-se a importar e exportar reciprocamente aquelles productos.

Entre Portugal e Espanha discute-se uma questão de delimitação de fronteira. Como a soberania não pode ser simultaneamente exercida por dois Estados sobre o mesmo territorio, ca la um dos Estados tem interesse em saber até onde chega o imperio da sua lei. Estes interesses são tambem divergentes e oppostos, havendo por isso necessidade de os conciliar, para o que ambos os Estados celebrem um tratado.

II) Outras vezes, porém, o tratado representa a união de vontades nacionaes de *conteudo identico*, isto é, uma união de vontades pela qual os Estados se propõem realizar interesses communs ou eguaes. Asu a função é, em tal caso, não conciliar pretensões oppostas mediante prestações reciprocas distinctas, mas tornar possivel o exercicio duma actividade tendente a effectivar interesses identicos. A semelhante tratado chamam os internacionalistas allemães *tratado accordo* ou *normativo*, pelo facto de conter a manifestação da vontade comum dos Estados para a realiza-

ção dum interesse identico e a indicação das regras a seguir para chegar a esse resultado. São desta cathgoria, por exemplo, o tratado de 29 de outubro de 1888 relativo á navegação do canal de Suez, e os tratados de constituição das uniões internacionaes administrativas, como a convenção de 14 de maio de 1865 hoje substituida pela convenção de 22 de julho de 1875, referente á criação e organização da *União telegrafica* e a convenção de 9 de outubro de 1874, hoje substituida pela convenção de 26 de maio de 1906, respeitante á criação e organização da *União postal*. Em qualquer destes casos o interesse dos Estados é identico, destinando se os tratados a disciplinar o exercicio da actividade para o fim commum quer de regular a navegação internacional, quer de conseguir segurança e regularidade nos meios de communicação internacional.

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

Os tratados contractos não formulam preceitos juridicos novos, limitam-se a applicar principios já estabelecidos e crear direitos subjectivos para os Estados contractantes, em face de normas objectivas de direito internacional já constituidas pelo costume ou por outros tratados.

Só os tratados normativos são fontes de direito internacional.

Devemos, porém, notar que apparecem tratados que resolvem conflictos de interesses e inserem tambem normas juridicas de applicação futura, assumindo, por isso o duplo caracter de tratado contracto e normativo. Foi o que aconteceu com o tratado de Vienna de 9 de junho de 1815

que, por um 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. O principio respeitante á navegação foi o seguinte: que os rios internacionaes proprios para a grande navegação fossem abertos a todos os Estados; relativamente á gradação dos agentes diplomaticos estabeleceu as seguintes cathogorias: 1.^a) embaixadores e legados; 2.^a) ministros plenipotenciarios; 3.^a) encarregados de negocios.

c) Os tratados normativos offerecem duas variantes egualmente interessantes: uns *regulam* direitos ou interesses dos Estados contractantes, outros *declaram* preceitos de direito internacional.

Para a execução dos primeiros os Estados criam *uniões internacionaes administrativas* que são associações de Estados destinadas a dar unidade organica e funccional á realização de determinadas ordens de interesses communs desses Estados mediante orgãos internacionaes de natureza deliberativa (congressos e conferencias), administrativa (commissões e officios) e por vezes judicial (tribunaes arbitraes), que regulam e executam os respectivos serviços e resolvem as difficuldades levantadas entre os Estados unionistas a respeito dos interesses a que as uniões se referem. São exemplos: a *União geodesica* (convenção de Berlim de 1896); a *União telegraphica* (convenção de 22 de julho de 1875); a *União de pesos e medidas* (convenção de 20 de maio de 1875); a *União postal* conven-

venção de 26 de maio de 1906); a *União para protecção da propriedade industrial* (convenção de 20 de março de 1883); a *União para protecção da propriedade artistica e literaria* (convenção de 9 de setembro de 1886); a *União para a repressão do trafico de escravos* (convenção de 2 de julho de 1890); a *União para a publicação das tarifas aduaneiras* (convenção de 5 de julho de 1890); a *União internacional dos caminhos de ferro* (convenção de 14 de outubro de 1890); a *União internacional dos assucars* (convenção de 5 de março de 1902); etc. As Uniões internacionais administrativas são personificadas por *offícios internacionais* que constituem conferencias diplomaticas permanentes e como que o conselho federal dum grupo de Estados unidos por um laço constitucional.

Estas Uniões que, sendo já um producto da solidariedade internacional, muito têm contribuido e contribuirão de futuro para o aperfeiçoamento da communitate internacional, alargando, intensificando as relações entre os Estados ao mesmo tempo que as unifica. Esta communitate com o seus poderes legislativo, judicial e executivo é moldada nas bases da communitate nacional da qual se distingue apenas na origem que naquella é contractual.

β) Os *tratados declaradores de direito* são celebrados com fim immediato de estatuir preceitos de direito internacional obrigatorios para os Estados contractantes e para todos aquelles que a elles adherirem ou por qualquer modo aceitarem. São tratados de caracter legislativo immediato tendentes a disciplinar juridicamente a conducta dos Es-

tados na ordem internacional. São exemplos destes: o regulamento de Vienna, de 19 de março de 1815, e o protocollo de Aix-la-Chapelle, de 21 de novembro de 1818, definindo as precedencias diplomaticas; o regulamento de Vienna, de 9 de junho de 1815, fixando principios relativos á navegação dos rios internacionaes; a declaração de Paris, de 16 de abril de 1856, fixando principios de direito internacional marítimo; as convenções da Haya, de 18 de outubro de 1907, estabelecendo regras relativamente á solução pacifica dos conflictos internacionaes, e respeitantes particularmente á arbitragem internacional, á abertura das hostilidades, ás leis e costumes da guerra, etc.; 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.

Os tratados desta natureza são a clara expressão da união juridica dos Estados que vivem em communitade internacional.

A multiplicação constante destes tratados vae pouco a pouco substituindo 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 das sociedades dos Estados.

c) Conhecida a classificação dos tratados, importa determinar o começo e a duração da sua força obrigatoria. Os tratados começam a vigorar e obrigam, por consequen-

cia, todos os Estados que os assignam, logo que estejam ratificados (1).

Mas quando cessa a sua força obrigatoria?

(1) Os agentes diplomaticos foram classificados pelo congresso de Aix-la-Chapelle no protocollo de 21 de novembro de 1818, em quatro classes: 1.ª) embaixadores, legados ou nuncios; 2.ª) enviados extraordinarios ou ministros plenipotenciarios; 3.ª) ministros residentes; 4.ª) encarregados de negocios. Esta classificacão foi aceite por todos os Estados e têm conservado até hoje força de lei na sociedade internacional.

Todos os agentes diplomaticos, qualquer que seja a sua categoria, são equiparados perante o direito internacional para o effeito da representacão dos Estados. As unicas differencas entre elles existentes são de honras e precedencias.

Os agentes diplomaticos são investidos na sua missão por meio de *cartas credenciaes*, assim chamadas porque nellas se pede que se ligue inteiro credito ao agente diplomatico em tudo o que elle disser em nome do seu governo, ou por meio de *cartas patentes de plenos poderes*. As *credenciaes* são dadas normalmente aos enviados de missão permanente. Aos enviados de missão temporaria o especial são dados em geral *plenos poderes*.

O nosso corpe diplomatico não tem nenhum embaixador, porque, não enviando Portugal nenhum agente diplomatico desta classe, os outros Estados, em virtude do principio de reciprocidade dominante em direito internacional, tambem não enviam nenhum embaixador.

Para a confecção dum tratado, os agentes diplomaticos dos diferentes Estados, que se fazem representar no congresso, começam por trocar os seus plenos poderes, entram depois em negociações, articulam e assignam as suas conclusões. Mas o tratado não fica assim completo. E' necessaria ainda a approvacão dos parlamentos e a ratificacão dos chefes do Estado.

7

Esta pergunta foi formulada pela primeira vez na conferencia de Londres de 17 de janeiro de 1841, devido ao pedido feito pela Russia, para serem revogados alguns artigos do tratado de Paris de 30 de março de 1856, que declarava neutro o mar Negro e limitava as forças navaes que a Russia e a Turquia ahi podiam conservar. A conferencia estabeleceu a doutrina de que nenhum Estado se podia desligar dos compromissos assumidos em tratados, sem o consentimento dos outros Estados contractantes.

Eis a declaração: « Os plenipotenciarios da Allemanha do Norte, da Austria Hungria, da Gran-Bretanha, da Russia, da Italia e da Turquia, reunidos em conferencia, reconhecem como principio essencial do 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. »

A força obrigatoria dos tratados pode tambem extinguirse: 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) pela renuncia dum Estado aos direitos que lhe confere o tratado; 5.º) pela impossibilidade de execução; 6.º) pela denuncia (1); 7.º) pela guerra (2).

(1) 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, mas

11 — Se analysarmos os artt. 26.º a 31.º, 1961.º 1965.º, 964.º, etc. do cod. civil, os artt. 4.º a 7.º, 12.º, 54.º, etc., do cod. com. e ainda disposições doutros codigos a que adeante nos referiremos, verificamos que nelles se consignam principios de direito internacional privado relativos aos tres problemas que constituem o objecto proprio do mesmo direito.

Isto significa que as leis internas de cada paiz são tambem fontes de direito internacional privado, e é destas que vamos tratar.

As leis internas que contêm principios de direito internacional privado podem classificar-se em tres grupos: *leis previstas em tratados dum modo imperativo, leis simplesmente previstas em tratados e leis de pura iniciativa dos Estados.*

1.º — As leis previstas em tratados dum modo imperativo são as que os Estados estabelecem no cumprimento

ha casos em que a denuncia pode ter logar mesmo não sendo prevista, e neste ultimo caso é considerada legitima, verificadas certas e determinadas condições.

(2) 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 os tratados de alliança. Deixa porém, substir os tratados que respeitam precisamente ao estado de guerra e que são concluidos para regular os seus actos ou os seus effeitos.

— dum dever imposto nos tratados. São, por assim dizer, um complemento desses tratados. Exemplifiquemos: em 14 de março de 1884 celebrou-se a convenção internacional relativa á protecção dos cabos submarinos e no art. 12.º dispoz se que «as altas partes contractantes obrigam-se a tomar ou a propôr aos seus respectivos corpos legislativos as medidas necessarias para assegurar a execução da presente convenção, e especialmente para fazerem punir ou com a prisão, ou com a multa, ou com estas duas penas, aquelles que contrariem as disposições dos artt. 2.º, 5.º e 6.º.»

Em cumprimento desta disposição publicou Portugal a lei de 21 de abril de 1886, estabelecendo as seguintes penalidades: multa de 2\$000 a 50\$000; a mesma multa e a pena de seis dias a dois mezes de prisão; multa de 50\$000 a 180\$000 reis, prisão correccional ou prisão maior até cinco annos, para todos os infractores das disposições dos artt. 2.º, 5.º e 6.º da referida convenção,

Como se vê pela analyse do art. 12.º da convenção, Portugal, e o mesmo succedeu com todos os outros Estados signatarios, não só foi collocado na obrigação de publicar a lei de 21 de abril de 1886, mas ainda na de a moldar no art. 12.º da convenção relativamente ás penalidades impostas aos infractores das disposições dos artt. 2.º, 5.º e 6.º que na lei correspondem aos artt. 4.º, 6.º, 8.º e 9.º.

E é precisamente o facto de nos tratados se fixarem as bases das leis complementares internas que caracteriza a classe a que nos vimos referindo.

2.º — As leis simplesmente previstas nos tratados são as que os Estados publicam no cumprimento ou exercício dum direito que lhes é reconhecido num tratado. Distinguem-se das anteriores, porque nestas deixa-se aos Estados ampla liberdade para regular os interesses, a que respeita o tratado, contanto que não contrarie os princípios geraes allí consignados, enquanto que naquellas, como vimos, os Estados contractantes tem de subordinar-se ás prescripções estabelecidas no tratado. Assim a convenção de Berne, de 3 de novembro de 1908, para a protecção das obras litterarias e artisticas, á qual Portugal adheriu por decreto de 18 de março de 1911, dispõe que — « a duração da protecção concedida pela presente convenção comprehende a vida do auctor e 50 annos depois da sua morte. Contudo, no caso em que essa duração não seja uniformemente adoptada por todos os paizes da União, a duração será regulado pela lei do paiz em que a protecção fôr reclamada e não poderá exceder a duração fixada no paiz de origem da obra. *Os paizes contractantes não serão, por consequencia, obrigados a applicar a disposição da alinea precedente, senão na medida em que ella se concilie com o seu direito interno* (art. 7.º) ».

As palavras sublinhadas mostram claramente que não ficaram os Estados contractantes obrigados a fixar um certo e determinado prazo para a protecção, mas o que mais se harmonisasse com os seus interesses.

3.º — As leis de pura iniciativa dos Estados são as que elles publicam por sua livre vontade, isto é, sem a isso serem compellidos por qualquer tratado internacional, fa-

zendo-o apenas no cumprimento dum dever de solidariedade internacional. São exemplos destas os artt. 24.º a 31.º do cod. civil, 4.º a 7.º do cod. commercial, etc.

Mas qual é o valor de cada uma destas cathogorias relativamente á sua força obrigatoria para com os outros Estados?

As leis previstas em tratados dum modo imperativo tem o mesmo valor que as disposições do tratado de que elles são complemento. E tem o mesmo valor, porque representam na ordem internacional o mesmo que os decretos legislativos na ordem nacional. Assim como dentro dum Estado o corpo legislativo autoriza por vezes o executivo a elaborar e publicar diplomas legislativos, com a mesma força da lei, com a restricção apenas de este se não afastar dos principios por elle assentes, assim tambem os Estados, quando entre si accordam, para a regulamentação de interesses communs, autorizam e obrigam cada um dos Estados associados á publicação de leis, desenvolvendo os principios consignados nos tratados, que terio entre elles a mesma força obrigatoria que estes principios.

As leis simplesmente previstas em tratados tem tambem, por este facto, a mesma força obrigatoria das anteriores. Mas uma fundamental differença existe entre umas e outras, porquanto, tendo, como já dissemos, as primeiras de moldar-se nos principios geraes consignados nos tratados, que as ordenam, não podem os Estados modifica-las ou altera-las de forma que ellas contrariem esses principios; outro tanto não succede com as segundas, visto que, limitando-se os tratados a preve-las, deixam ao Estado

ampla liberdade para regular os interesses a que respeitam pela forma mais adequada aos seus interesses. Neste caso o que para os Estados é obrigatorio é a existencia da lei e não uma lei dispondo desta ou daquella forma. Daqui resulta que podem os Estados alterá-la, substituí-la por outra que venha regular os interesses communs pela forma que melhor lhes aprouver.

As leis de pura iniciativa dos Estados, porque não resultam dum accordo de vontades, mas são a expressão da vontade isolada do Estado que as formula, tambem só para este podem ter força obrigatoria, não constituindo preceitos imperativos para os demais membros da sociedade internacional. Quando mesmo consagrem principios que interesse directamente ao direito internacional, apenas mostram o modo de sentir do Estado que os promulga e, se effectivamente tiverem um verdadeiro valôr doutrinal e pratico podem contribuir para a formação dum costume internacional ou preparar a celebração dum tratado, mas em caso algum crearáo só de per si, preceitos juridicos obrigatorios para os outros Estados.

12 — Vejamos agora quaes as fontes do direito internacional privado portugûes. Mas antes de entrar propriamente no assumpto devemos fazer uma advertencia para evitar confusões que facilmente poderiam surgir das palavras — direito internacional portugûes. O direito internacional não é direito dum só Estado, isto é, não regula relações deste ou daquelle exclusivamente, mas as relações

mutuas dos Estados que formam a comunidade internacional. Porém, como o direito internacional privado se contém em grande parte nas legislações internas de cada Estado, empregamos aquella expressão para significar as disposições daquelle direito que se contém na nossa legislação.

a) As fontes do direito internacional privado português são tres — *costume, tratados e leis internas*.

O costume apparece em Portugal como fonte do direito internacional da mesma fórma que nos outros Estados.

Dissemos que o costume era um accordo tacito que naturalmente resultava da pratica continua e reciproca de actos semelhantes por parte dos Estados.

Note-se, porem, que pode o accordo tacito estabelecer-se dum modo expresso quando cada um dos Estados nas suas leis internas estabelece preceitos idênticos relativamente aos estrangeiros, independentemente de qualquer accordo com outros Estados. É o que succedeu, por exemplo, com o reconhecimento da personalidade juridica do estrangeiro, consignado em todas as legislações dos povos civilizados.

b) Tambem os tratados são em Portugal fonte de direito internacional, como resulta do final do art. 25 do cod. civil português.

Estes tratados podem ser *singulares* ou *collectivos*. São singulares quando realizados entre dois Estados; são collectivos quando estabelecidos para regular as relações juridicas de mais de dois Estados.

É exemplo do primeiro grupo a *Convenção consular* celebrada entre Portugal e a Austria em 10 de agosto de 1874. Nesta convenção determinaram-se as funcções dos consules portuguezes e austriacos respectivamente na Austria e Portugal e estabeleceu-se um preceito especial para as successões.

Como exemplo do segundo grupo indicaremos apenas os seguintes tratados: as convenções da Haya de 1896, de 1902 e de 1905 sobre processo civil, casamento, divorcio, separação de pessoas, tutela de menores, effeito do casamento, successões e interdicção.

c) Obedecendo á tenlencia geral, definiram as leis portuguezas alguns principios de direito internacional privado, como se vê nas seguintes disposições do cod. civil: artt. 18.º, 19.º, 22.º, 23.º, 24.º a 31.º, 578.º, 964.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1107.º, 1202.º, 1961.º, 1962.º, 1965.º, 1966.º n.º 1, 2406.º, 2430.º, 2456.º, 2479.º, 2492.º. O art. 19.º foi revogado pelo decreto de 2 de dezembro de 1910; o decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910 revogou os artt. 58.º a 62.º, 1065.º, 1066.º e 1085.º; os artt. 1202.º e 1479.º foram revogados pelo cod. do registo civil de 18 de fevereiro de 1911;

Do cod. 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 seu § unico, 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. Este ultimo artigo foi revogado primeiramente pelo codigo de falencias e depois pelo codigo de processo commercial, art. 13.º;

Do cod. de 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, 1087.º a 1091.º;

Do cod. de processo commercial artt. 2.º, 8.º, 12.º,
13.º, 30.º, 164.º, 167.º e 177.º;

De leis especiaes :

Art. 76.º da lei de 21 de maio de 1896, sobre a pro-
priedade industrial e commercial;

Artt. 87.º, 89.º, 116 e 192.º do regulamento consular
de 24 de dezembro de 1903;

A lei de 25 de abril de 1907 relativa á entrada e saída
dos emigrantes portuguezes, dispensando em geral, os
passaportes e regulando o ingresso dos estrangeiros no
paiz;

Decreto de 4 de julho de 1906 que regula o mesmo
assumpto para o ultramar;

Decreto de 2 de dezembro de 1910 relativo á natura-
lização;

Decreto de 3 de novembro de 1910, art. 5.º, sobre o
divorcio;

Decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, artt. 58.º
a 62;

Cod. do registo civil do 18 de fevereiro de 1911, artt.
40.º, 41.º, 119.º, 223.º, 245.º e 513.º;

E ainda os artt. 10.º, 11.º e 49.º a 56.º do decreto de
21 de outubro de 1907, sobre os seguros.

Como se vê, não são poucos os documentos legaes que
contêm disposições de direito internacional privado. É de
lamentar que todas estas disposições não constituam um

corpo systematico, de maneira a permittir a resolução rapida das questões que as relações internacionaes de carácter privado podem suscitar.

Enumeradas as fontes do direito internacional portugês, resta naturalmente perguntar qual a ordem por que devemos consultar as trez ordens de fontes e os elementos a que devemos recorrer para a resolução das questões, quando nellas se não encontrem principios applicaveis.

Relativamente ao primeiro problema é evidente que devemos começar pelos tratados, que estejam ratificados e que não tenham sido devidamente denunciados, visto que as leis internas determinam que, quando haja tratados respeitantes á hypothese em questão se cumpram os mesmos integralmente ainda mesmo que contrariem as normas geraes reguladoras das relações privadas internacionaes.

A segunda cathegoria a consultar é a das leis internas, porque os órgãos encarregados de declarar o direito estão directamente subordinados ao direito publico interno, e com elle devem harmonizar sempre o exercicio da sua actividade. Por isso, se houver contradicção entre as leis internas e o costume internacional, os tribunaes devem applicar as leis internas como aquellas que directamente disciplinam a sua função 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 os seus órgãos encarregados de applicar as leis, os quaes estão sujeitos ao imperio do direito interno.

Mas se a questão não pode resolver-se por falta de tratado, ou porque é omissa a lei ou por não estar estabelecido o costume internacional, que caminho devemos seguir?

Em tal caso deverá seguir-se uma solução que não contrarie as bases do direito internacional local e 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 comprehensão do direito legislado, convencional e consuetudinario, e para determinar o meio mais justo de supprir as omissões do direito existente (1).

(1) Os tratados, em geral, podem ser consultados no *Recueil général de Traités* de Martens.

Os tratados celebrados entre Portugal e outras potencias podem ser consultados :

Na *Collecção dos Tratados, Convenções, Contractos e Actos publicos* por Borges de Castro. Esta collecção abrange tratados desde 1640;

No *Supplemento* á collecção anterior por Judice Biker;

Na *Collecção de Tratados e Concertos de pazes* por J. Biker;

Na *Nova Collecção de Tratados, Convenções, Contractos e Actos publicos*—publicação official do ministerio dos negocios estrangeiros e continuação da collecção de Borges de Castro. A *Nova Collecção* abrange tratados desde 1840 até 1879.

Os tratados posteriores não foram compilados, encontrando-se

§ 4.º — Natureza das normas reguladoras das relações internacionaes de caracter privado.

13 — Theorias da cortesia internacional.

14 — Theoria da juridicidade :

a) Escola nacionalista;

b) Escola internacionalista.

15 — Leis internas:

1.º Leis previstas imperativamente em tratados;

2.º Leis previstas em tratados de conteúdo da livre iniciativa dos Estados;

3.º Leis de pura iniciativa dos Estados: α) forma; β) conteúdo; δ) destino; μ) função do Estado.

16 — Consequencias praticas.

§ 4.º

Natureza das normas reguladoras das relações internacionaes de caracter privado

13—Conhecidos os problemas que constituem o objecto do direito internacional privado e as fontes dos precei-

apenas publicados na *Collecção Official de Legislação portugueza* e no *Diario do Governo*.

Para facilitar a busca destes ultimos publica-se officialmente a *Synopse dos Tratados, Convenções e Actos publicos*, tendo saído este anno o ultimo numero.

tos que os regulam, importa agora determinar a natureza destes preceitos.

Antigamente a theoria dominante neste assumpto era a da *cortesia internacional* (*comitas gentium*), segundo a qual os preceitos de direito internacional representavam apenas um acto de conveniencia internacional derivada da vantagem reciproca dos Estados respeitarem na pessoa dos subditos dos outros Estados determinadas faculdades juridicas e certos direitos adquiridos e consentirem que pelas suas leis nacionaes fossem reguladas a certos respeito as relações sociaes que interessam os estrangeiros, não revestindo por isso um caracter obrigatorio.

As normas reguladoras das relações internacionaes podem agrupar-se em tres ordens: *juridicas*, *de cortesia e moraes*. São juridicas quando são obrigatorias para todos os Estados, no sentido de a todos imporem obrigações regulares. São portanto reciprocas. Claramente que estas normas só podem conceber-se num regimen de perfeita egualdade juridica, como o é a da sociedade internacional moderna.

Podem as circunstancias dar a alguns Estados uma situação preponderante no convivio internacional, como succede com a Inglaterra, Allemanha, França, Russia, Austria, Estados Unidos da America do Norte, etc. que são classificados de grandes potencias, pela sua riqueza, extensão, força, dominio colonial, etc., fazendo com que ellas sejam supremas directoras da vida internacional.

Na resolução dos grandes conflictos que nos nossos tempos se vão desenrolando, como o de Marrocos, dos

Balkans, do Extremo Oriente, não interveem os pequenos Estados que teem de acatar silenciosos o que as grandes potencias entre si accordam.

Mas isto é uma questão de facto e não de direito. No campo juridico todos os Estados são eguaes, não podendo porisso o direito deixar de ser obrigatorio e reciproco.

Mas ha preceitos que não são obrigatorios, embora a sua pratica torne mais cordeaes as relações entre os Estados. São os de *cortesia*, que tambem são reciprocos, visto que são observados por cada Estado em attenção a um procedimento similhante por parte dos outros.

Assim, celebra-se uma festa nacional, a da proclamação da independencia, por exemplo, ou realiza-se um funeral nacional, os outros Estados enviam os seus vasos de guerra, os seus embaixadores, para se associarem ao rego-sijo ou luto do Estado que os experimenta.

Estes actos, meramente facultativos, são retribuidos em condições identicas pelo Estado que recebe as homenagens.

Ao lado dos preceitos juridicos e de cortesia internacional ha ainda normas de *moral* que não são nem obrigatorias nem reciprocas. A observancia destas normas não é condição essencial á conservação da communidade internacional, mas apenas condição da sua perfeição.

Os actos moraes não são praticados tendo em mira uma retribuição da mesma natureza delles.

Ha momentos em que os Estados, numa alta comprehensão dos seus deveres internacionaes, procuram auxiliar

aquelles que circumstancias imprevistas collocaram na situação de necessitar desse auxilio.

Quando se deu o cataclismo de Messina, todos os Estados se apressaram a compartilhar da dôr da Italia e a enviar donatívos valiosos para as numerosas victimas. O mesmo succedeu entre nós com o tremor de terra, que destruiu as aldeias do Riba-Tejo.

Pois a theoria que estamos tratando entende que as normas de direito internacional são de mera cortesia, por que o Estado não tem obrigação alguma de regular a condição juridica dos estrangeiros, de formular principios que resolvam o conflicto de leis e de reconhecer os direitos adquiridos no estrangeiro. E, se o faz, é para tornar mais cordaeas as relações entre os Estados.

Esta escola está hoje completamente abandonada. Podem apparecer ainda algumas reminiscencias, mas serão sempre impotentes para lhe dar vitalidade scientifica. E' que as relações internacionaes transformaram-se em alguma coisa necessaria á vida dos povos civilizados e, por isso, as normas dirigentes da regulamentação e garantia das relações por que a sociedade internacional 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, precisam duma base certa e segura constituida por preceitos obrigatorios, por preceitos imperativos, que lhes deem todo o valor e toda a efficacia de normas informadoras duma regulamentação juridica.

14 — A escola da *juridicidade*, partindo do princípio assente da necessidade das relações internacionaes e do de que só o direito pode ser base segura para a sua regulamentação, conclue que as normas de character internacional são de character juridico.

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

a) Duas escolas procuram responder a esta pergunta: a *nacionalista* e a *internacionalista*.

Segundo a escola nacionalista, o direito internacional não cria verdadeiras obrigações entre os Estados, visto ser apenas uma parte do direito interno encarado sob um ponto de vista especial. O seu conteúdo é nacional, e nacional é portanto a sua força imperativa. Se o Estado regula a condição juridica dos estrangeiros, cria um sistema juridico para a resolução dos conflictos e reconhece os direitos adquiridos em pais estrangeiro, é porque estas questões são meras questões das leis internas e de interesse particular, sem character internacional, não affectando, porisso, as relações dos Estados como membros da comunidade internacional. E' 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.

b) Esta concepção nacionalista parece, porém, a outros escriptores theoreticamente erronea e praticamente perigosa, e, por isso, á escola *nacionalista* se contrapõe a escola *internacionalista*, segundo a qual, as regras de direito internacional privado, regras que os Estados criam não como Estados independentes, mas como Estados solidarios, são obrigatorias para todos os Estados.

A escola nacionalista não vê o interesse que o Estado tem em que os seus subditos desenvolvam com inteira segurança juridica as suas relações com os estrangeiros. Com effeito, o Estado não pôde 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, por isso, é patente que lhe não pode ser indifferente o tratamento juridico que elles recebam da parte dos outros Estados. Os Estados modernos não podem viver e desenvolver se sem uma constante e efficaz participação no convívio internacional. Mas a participação de cada Estado não será possível nem realizará o fim a que se dirige, se os seus nacionaes não tiverem garantida no Estado onde vão desenvolver a sua actividade uma applicação constante do direito.

Demais, uma ligeira analyse dos problemas de direito internacional mostra sem sombra de duvida que se não trata de interesses puramente nacionaes, mas interesses em que todos os Estados estão solidariamente empenhados. Assim o problema da condição dos estrangeiros, que nada mais é que a determinação dos direitos que aos extran-

geiros devem ser concedidos, é de interesse internacional, visto que não pôde ser indiferente ao Estado da naturalidade dos estrangeiros que estes tenham ou não garantida uma situação jurídica que os habilite a exercer eficazmente a sua actividade. O Estado, quando reconhece direitos aos estrangeiros, fá-lo em respeito á soberania do Estado a que elles pertencem, que nalgumas das suas manifestações ultrapassa as fronteiras, acompanhando os nacionaes que saem do territorio do Estado. Entra assim a soberania dum Estado em funcção com a soberania do outro.

Um portuguez que abandona Portugal não deixa por esse facto de ser portuguez, nem Portugal deixa de ter interesse em que a sua personalidade seja reconhecida pelo Estado a que se dirige. Mas se isto succede com todos os Estados, não pode concluir-se que qualquer delles defina a situação jurídica dos estrangeiros por mero interesse particular. E' um interesse commum a todos os Estados e, portanto, internacional.

No problema do conflicto das leis outro tanto se verifica. Por elle se procura fixar a lei por que ha de resolver-se certa questão emergente duma relação jurídica internacional de character privado; e, sendo a lei a mais alta expressão da soberania, determinar a lei competente pera a resolução da questão, é resolver um problema de coordenação de soberanias.

Resta nos o terceiro problema, mas sobre elle nenhuma duvida podem levantar-se. Na verdade, quando um Estado reconhece os direitos adquiridos em pais extran-

geiro, implicitamente reconhece a lei sob cujo imperio se constituíram as relações de que esses direitos derivam e, por consequencia, a soberania desse paiz. E, se por vezes o Estado se recusa a esse reconhecimento, é porque isso vae de encontro á sua propria soberania. Sempre, pois, a soberania dum Estado em funcção com a soberania dos outros Estados.

15 — O costume e os tratados são caracteristicamente fontes de direito internacional privado, mas ou são muito vagos e indeterminados, ou são, os já concrectos e definidos, em numero muito limitado, restrictos a um numero de Estados relativamente pequeno, e, por isso, o direito internacional privado apparece principalmente formulado no direito interno de cada paiz. Daqui nasce naturalmente a questão de saber, se o direito assim formulado nas leis internas é mero capitulo do direito nacional, que, só vincule a vontade do Estado que o creou. Como já anteriormente vimos, as leis internas de character internacional podem classificar-se em tres grupos:

1.^o — *Leis previstas imperativamente em tratados.* A respeito destas mal pôde levantar-se a questão, visto que essas são um desenvolvimento dos principios geraes consignados nos tratados que as autorizam. Se esses principios obrigam os Estados signatarios, não pode o seu desenvolvimento deixar de ter a mesma força perante os mesmos Estados.

2.º) *Leis previstas em tratados de conteúdo da livre iniciativa dos Estados.* A questão também relativamente a estas não pode oferecer dificuldade, porquanto os Estados, usando do direito subjectivo derivado da norma objectiva de direito internacional consignada numa convenção, para regulamentar relações jurídicas de caracter internacional, previstas na mesma convenção, dentro dos principios alli estabelecidos, define a sua attitude perante os outros Estados relativamente ao modo como encara essas relações. De maneira que, se o Estado pode modificar a lei, desde que não contrarie os principios geraes, não pôde, todavia, eliminá-la.

3.º) *Leis de pura iniciativa dos Estados.* E' relativamente a estas que a questão assume grande importancia, pois que o Estado não as publica em cumprimento duma obrigação estipulada em convenção. Ellas são a expressão da sua vontade exclusiva e parece, por isso, que ellas são de puro direito interno e só deviam vincular o Estado que as promulga. Temos de attender a quatro elementos para a solução da dificuldade: *forma, conteúdo, destino e função* que o Estado desempenha formulando-as.

α) A forma é a mesma das leis internas. Seguem na sua formação os mesmos tramites.

Mas, se formalmente são semelhantes ás leis internas, differem, no entanto, pelo seu conteúdo, pelo seu destino e pela natureza da função que com ellas o Estado desempenha.

β) Qual é esse conteúdo e em que difere do das leis internas?

O conteúdo das leis internas de direito internacional privado não é o interesse do Estado na sua independencia, como succede com as leis nacionaes, mas o seu interesse na sua solidariedade com os outros Estados e por isso o interesse que se identifica com a vida internacional.

δ) E qual o destino?

O destino é o cumprimento por parte do Estado dum dever que lhe é imposto pela sua participação na comunidade internacional. O Estado tem por dever reconhecer a personalidade juridica dos estrangeiros, organizar um systema de resolução de conflictos de leis e bem assim reconhecer os direitos adquiridos em face das leis estrangeiras. Mas o Estado, regulando assim a situação juridica dos estrangeiros, define a sua attitude perante os outros Estados, isto é, o Estado mostra aos outros Estados qual é o seu procedimento futuro para com os estrangeiros que nelle queiram vir desenvolver a sua actividade. E, quando o Estado deixa de reconhecer esta ordem juridica, retirando aos estrangeiros a protecção que lhes havia promettido, não deixam os outros Estados de formular as suas reclamações e exigir indemnizações para os seus nacionaes, tornando desta forma efectiva a obrigação em que o Estado se constituiu e não cumpriu.

μ.) 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 órgão 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, pela sua evolução progressiva, não chegou ainda a constituir-se por maneira que um órgão central e caracteristicamente internacional possa formular as regras disciplinadoras das relações privadas internacionaes, attendendo a todas as similhanças e a todas as differenças das leis privadas dos differentes Estados, para a sua justa coordenação, é 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 convenções 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 communiidade 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 ás regras que um organismo internacional devia 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 *identidade formal*, mas *diversidade substancial* entre as leis internas verdadeiras e proprias e as leis internas sobre o direito internacional privado.

16 — Do que acabamos de dizer resultam consequencias praticas de grande alcance e que respeitam aos governos e aos tribunaes de cada um dos Estados na sua missão de formular ou de applicar os preceitos de direito internacional privado:

1.º — Como o direito internacional privado é um *systhema* de principios juridicos que disciplinam as relações dos Estados como membros da *communitade internacional*, as suas prescripções impõem-se imperativamente á *vontade* dos Estados, não em nome duma obrigação dos Estados para consigo mesmo, mas como o resultado duma obrigação para com os outros Estados.

E, porque assim é, o *systhema* de principios de direito internacional privado organizado e sancionado por um Estado vincula a vontade desse Estado, de modo que, caso o mesmo Estado não cumpra e respeite aquelles principios, podem os outros Estados exigir-lhe a responsabilidade ju-

ridica por violação de direito internacional segundo os meios considerados legítimos pelo mesmo direito.

2.º — Os preceitos do direito internacional privado formulados por um determinado Estado tem 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 de direito internacional privado em harmonia com o modo de ser da communitade dos Estados, 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 pelo legislador internacional.

Entre nós, o Supremo Tribunal de Justiça julgou que era valido um testamento feito, em Portugal, por uma senhora allemã, segundo as formalidades do direito allemão, baseando-se em que o codigo civil allemão permittia que os allemães fizessem testamento no estrangeiro, em conformidade com as prescripções do seu direito. Este accordo é manifestamente errado, pois que é a lei do logar que rega as formalidades dos actos e não a da nacionalidade. O testamento a que nos referimos seria valido, se fosse feito no consulado allemão.

3.º — Da natureza e caracter dos preceitos do direito internacional privado formulados pelos legisladores nacio-

naes ainda deriva outra consequencia importantissima. E' 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 juridica. Não devem esperar que as partes reclamem tal applicação, nem deixar dependente de demonstração por alguma das partes a existencia das leis estrangeiras, quando essa existencia seja contestada, mas proceder officiosamente ás necessarias obrigações. Não ha mais razão para applicar obrigatoriamente o direito do Estado que o que se impõe ao Estado.

O Supremo Tribunal de Justiça, em accordão de 2 de dezembro de 1911 emite opinião contraria, sustentando que os juizes não podem applicar officiosamente as leis estrangeiras, devendo sempre que as partes não provem a sua existencia e applicabilidade, julgar segundo a *lex fori*.

Tal doutrina, porém, não pode inferir-se do artigo 2406.º, no qual se funda o citado accordão, que apenas impõe, como diz o Sr. Dr. Guilherme Moreira, a obrigação de provar a lei estrangeira, quando seja contestada; e não pode pôr-se de modo algum em duvida que é para o juiz obrigatoria a applicação das leis estrangeiras, quando pela nossa legislação se preceitua essa applicação.

§ 5.º — Unificação e codificação do direito internacional privado.

17 — Considerações geraes.

18 — Movimento de uniformização :

a) Tentativas europeias desde 1861 até 1874 ;

b) Iniciativa americana desde 1875 até 1878 ;

c) Tentativas europeias desde 1874 até 1891.

19 — Resultados : a) America ; b) Europa.

20 — Tendencias.

§ 5.º

**Unificação e codificação do direito internacional
privado**

17 — Se o fim do direito internacional privado é estabelecer uma certa communidade de direito entre os povos civilizados, 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. Mas assim não succede.

O direito internacional privado na primeira phase doutrinal da sua evolução foi um direito unitario. A escola dos post-glosadores, em face das exigencias do commercio entre as cidades italianas, que era altamente dificultado pela multiplicidade e territorialidade dos costumes locais,

procurou attenuar as difficuldades que sobrevinham creando para este fim a *theoria dos estatutos*.

Os *estatutos* dividiam-se em *personaes* e *reaes*, segundo se referiam ás pessoas ou aos bens. Os primeiros eram exterritoriaes e os segundos territoriaes. Estes principios eram fundamentalmente seguidos em toda a parte e por toda a parte os tribunaes faziam a sua applicação para a resolução dos conflictos.

Havia, pois, um direito geral que se impunha a todos os Estados, um verdadeiro direito internacional privado.

Surge, porém, nos tempos modernos o periodo das codificações e com ellas o direito internacional privado começa a nacionalizar-se, visto os legisladores orientados pelo methodo individual promulgarem de modo independente os principios reguladores da situação juridica dos estrangeiros, creando, em summa, o regimen geral actual de definições locais de regras internacionaes.

Deverá por isso renunciar-se a alcançar um restabelecimento duma doutrina *commum*? A historia recente do direito internacional privado não auctoriza conclusões tão pessimistas. A observação e interpretação dos factos deixam-nos prever que num futuro mais ou menos proximo a uniformização do direito internacional privado será um facto.

Estudemos as varias tentativas que se têm feito neste sentido e os seus resultados.

18 — a) E' á Italia que cabe a gloria de ter iniciado

os trabalhos para chamar os Estados a um accordo, donde sahisse a unidade do direito internacional privado.

Em 1861 o grande jurisconsulto e estadista Mancini, impressionado com as controversias constantes que os diferentes preceitos de direito internacional privado consagrados nos codigos dos diversos Estados originavam, propoz ao conselho do contencioso diplomatico os meios mais adequados para pôr termo a essas controversias.

A proposta de Mancini obteve da parte do conselho um acolhimento favoravel, tendo sido encarregado pelo governo italiano de elaborar um projecto de tratado que por elle seria apreciado e apresentado aos outros Estados. Esta tentativa de Mancini não obteve nenhum resultado.

Em 1863 faz Mancini uma proposta á camara italiana para que fossem revistos alguns tratados com diversos Estados, mas os resultados tambem foram nullos. E o mesmo succedeu com a tentativa de 1866 em que Mancini, a proposito da discussão do tratado de paz com a Austria, mais uma vez procurou realizar a sua ideia de uniformizar os principios de direito internacional privado.

Em 1867 Rattazzi, ministro dos estrangeiros, incumbiu Mancini da missão officiosa de entabolar com alguns governos negociações secretas no intuito de fixar alguns preceitos communs sobre a condição civil dos estrangeiros, da extenção e garantia dos seus direitos e da sua mais facil participação dos beneficios das respectivas legislações designadamente ácerca da lei reguladora do estado e da capacidade, da propriedade mobiliaria e immobiliaria, dos actos juridicos e das successões. Mancini viu acolhidas

favoravelmente pelos governos de Paris, Bruxellas e Berlim, unicos junto dos quaes entabou negociações, as suas propostas, mas os successos politicos que nessa data se desenrolaram na Europa, a guerra franco-prussiana, a annexação dos Estados pontificios ao reino da Italia e a constituição do Imperio allemão, que tanto preoccuparam os governos, impediram que se chegasse a um resultado favoravel sobre a uniformização do direito internacional privado.

Em 1873, quando já estava restabelecida a paz na Europa, apresenta Mancini uma proposta na primeira sessão do *Instituto de direito internacional* que acabava de ser creado em Gand, em virtude da qual foi reconhecida a utilidade e, para certas materias, a necessidade de tornar obrigatoria para todos os Estados civilizados um certo numero de regras uniformes, sob a forma de tratados, para assegurar a decisão tambem uniforme dos conflictos das leis, e foi encarregada uma commissão de estudar a questão e formular os principios que poderiam servir de base á codificação do direito internacional privado.

Em 1874, na sessão de Genebra, foi apresentado o primeiro relatorio da commissão firmado pelos nomes de Mancini e Asser, os dois grandes propulsores do movimento unificador, que pode ser considerado como a introdução aos trabalhos ultteriores daquella instituição. O relatorio terminava por algumas conclusões votadas naquella sessão pelas quaes o Instituto: 1.º) reconheceu a utilidade e a necessidade de regras convencionaes uniformes de direito internacional privado para a resolução

das questões relativas ás pessoas, aos bens, aos actos jurídicos, ás successões, ao processo e aos julgamentos dos estrangeiros; 2.º) emittiu 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 podiam nem deviam, sem oppôr obstaculos ao progresso da civilização, impôr aos Estados a uniformidade dos seus codigos e das suas leis, mas apenas determinar antecipadamente qual das leis, que podem 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 exagero o principio da independencia e soberania territorial das nações, attribuir-lhe 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 applicação das leis estrangeiras a relações juridicas que por ellas devam ser reguladas não podem ser a consequencia dum simples principio de cortesia, mas são o resultado dum dever de justiça internacional, dever que 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.

Em janeiro de 1874 tornou o governo hollandês official a iniciativa officiosa do governo italiano de 1867, dirigin-

do-se aos governos estrangeiros e propondo-lhes a nomeação de delegados encarregados de elaborar em conferencia os principios de uma 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.

b) 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 o direito internacional privado. O congresso abriu a 9 de setembro de 1878 com representantes da Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Equador, Perú e Venezuela, intitulou-se *congresso de juristas americanos*. A 9 de novembro de 1878 deu a forma de tratado a uma declaração de principios sobre a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, dos bens moveis e immoveis, do casamento, das successões, sobre os limites da competencia dos tribunaes, sobre execução de sentenças e ainda sobre outras materias menos importantes.

Este tratado, conhecido por tratado de *Lima*, a que aderiram a Guatemala e o Uruguay por protocollo de 5 de dezembro de 1878, não chegou a ser ratificado, não sendo por consequencia executado nas relações juridicas internacionaes privadas, mas tem importancia como primeiro tratado colectivo sobre direito internacional privado

e como ponto de partida para a uniformização do mesmo direito internacional (1).

c) Na Europa continua o trabalho começado e em 1877 faz o governo italiano uma nova tentativa, mas agora official. Inspirado por Mancini, que era ministro da justiça, emprehendeu Crispi, ministro dos estrangeiros, negociações para a celebração duma conferencia de direito internacional privado, mas ainda desta vez as negociações foram interrompidas sem se haver obtido resultados favoraveis.

Em 1881 é Mancini nomeado ministro dos estrangeiros e, em circular de 16 de setembro desse anno, enviada aos representantes dos governos italianos junto dos governos estrangeiros, annuncia a estes a resolução de reatar negociações para a celebração duma conferencia de direito internacional privado e encarrega de perscrutar as disposições do governo a este respeito. As negociações são effectivamente entabolladas, e, embora lhes deparassem hesitações e difficuldades, encontraram acolhimento favoravel na maior parte dos governos. Tam ellas, porém, ainda nos preliminares, quando Mancini lhes deu nova orientação a

(1) Este tratado foi traduzido em portuguez por Sr. Rodrigo Octavio, professor de direito internacional da Universidade do Rio de Janeiro.

Na Imprensa da Universidade fez-se a publicação da traducção italiana.

pedido de Troiss, presidente da conferencia da *Associação para reforma e codificação do direito internacional*, realizada em Milão em setembro de 1883, propondo a reunião em Roma duma conferencia especial para estudar o problema da execução das sentenças proferidas no estrangeiro. Mancini não poz de parte o seu plano duma conferencia geral, mas quiz primeiro realizar a conferencia especial para aproveitar a presença simultanea em Roma de pessoas versadas nas sciencias juridicas e de delegados dos governos, para a troca de idéas preliminares e de explicações mais precisas acerca do thema geral das negociações.

A nova proposta foi bem recebida por quasi todos os governos aceitando-a expressamente vinte e dois Estados (1).

A convocação da conferencia especial não chegou, porém, a realizar-se, em virtude da reunião que se realizou tambem em Roma duma conferencia sanitaria, para tratar de assumptos relativos á epidemia do cholera que então grassava na Europa. Falhou mais uma vez o movimento unificador.

(1) Argentina, Austría-Hungria, Belgica, Columbia, Costa Rica, Dinamarca, França, Grecia, Guatemala, Espanha, Hollanda, Honduras, Inglaterra, Perú, Portugal, Roumania, Russia, S. Salvador, Servia, Suecia-Noruega, Suissa e Venezuela.

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

Na verdade, a 20 de fevereiro de 1888 resolveram de commum accordo os governos de Argentina e 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 expedido 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 do governo da Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Paraguay, Perú e Uruguay. As suas sessões prolongaram-se até 18 de fevereiro de 1889 e durante ella 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.

O conjuncto dos tratados de *Montevideu* constitue um verdadeiro codigo de direito internacional privado, cuja organização foi facilitada pela similhaça de raça, costu-

mes, religião, leis e constituição politica e social sul-americana e cuja conclusão tem sido e continuará a ser suggestivo exemplo para todos os Estados, aos quaes a similitude fundamental da sua civilização possa permittir a fixação de principios uniformes quanto aos direitos dos estrangeiros e á resolução dos conflictos das leis privadas (1).

b) O egregio jurisconsulto e professor da Universidade de Amsterdam, Asser, propõe no fim do anno de 1891 ao governo hollandês que tome a iniciativa duma conferencia diplomatica destinada a determinar as bases dum accordo internacional sobre a codificação do direito nacional privado. A sua proposta é acolhida favoravelmente 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

(1) No *Protocollo adicional* de 13 de fevereiro de 1899 encontramos as seguintes disposições :

« As leis dos Estados contractantes são applicadas nos casos occorrentes, quer sejam nacionaes quer estrangeiras as pessoas interessadas na relação juridica de que se trata. A sua applicação será feita *ex officio* pelo juiz da causa, sem prejuizo de que as partes possam allegar e provar a existencia e o conteúdo da lei invocada (artt. 1.º o 2.º) ».

conflictos de leis, principalmente do direito respeitante ao direito das pessoas e aos direitos de familia e successão, memoria acompanhada dum *projecto de reforma*, sob a forma de questionario, comprehendendo *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* — casamento, paternidade e filiação, adopção, patrio poder, tutela, interdicção, successões, testamento. A conferencia foi convocada para 12 de setembro de 1893 e reune na Haya desde este dia até ao dia 27 com representantes da Allemanha, Austria, Belgica, França, Espanha, Hollanda, Hungria, Italia, Luxemburgo, Portugal, Roumania, Russia e Suissa.

A conferencia procurou determinar 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 distribuiu aos delegados um ante-projecto de programma, 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, a communicação de actos judiciaes e extra-judiciaes, a cartas rogatorias e a successões, e com este voto — «os abaixo assignados reconheceram igualmente a utilidade duma conferencia ulterior para fixar definitivamente o texto das regras incluídas no presente protocollo e para ao mesmo tempo proceder ao exame de outras 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».

Pouco tempo depois do encerramento da conferencia de 1893 e em face do seu voto final, o governo hollandês propôs aos governos que nella se tinham feito representar a acceitação das resoluções ahi tomadas 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 estas se pronunciaram no protocollo final—*casamento, successão e processo* e duas materias novas — *tutella e falencia*.

O resultado das negociações foi todo favoravel, pois a proposta do governo hollandês foi acceite por todos os governos representados na conferencia de 1893 e bem

assim pela Suecia e Noruega. A conferencia só foi, porém, aberta no dia 26 de junho por proposta do ministro dos estrangeiros hollandês e accordo dos delegados, como prova de attenção para com a França enlutada pelo assassinato do presidente Carnot. A conferencia examinou as materias do programma e as materias novas, e votou sobre ellas as suas conclusões que incluiu no *Protocolle final* assignado a 3 de julho seguinte e destinada á apreciação dos governos representados.

Encerrada a conferencia, pensou naturalmente o governo hollandês nas medidas a adoptar para conduzir os outros governos a acceptarem as conclusões ali votadas e a converte-las em regras legaes 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 na 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 extra-judiciaes, cartas rogatorias, *cautio judicatum solvi* (1), assistencia judiciaria e prisão por dividas),

(1) Os estrangeiros não podem, segundo algumas legislações, ser ouvidos nas suas queixas sem previamente depositarem uma quantia que represente o valor das custas.

Entre nós não existe actualmente esta *cautio*.

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 o processo civil.

Nesta conformidade, communicou o governo dos Países Baixos em novembro de 1894 o projecto de tratado ás potencias representadas na conferencia, acompanhando duma nota explicativa da sua escolha e do seu procedimento. Os governos examinaram o projecto, de modo que a 14 de novembro de 1894 poudo este ser convertido em tratado assignado pela Belgica, França, Espanha, 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 assignado 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 idéa querida de Mancini por obra da vontade energica de Asser e o dia 25 de maio de 1899 fica constituindo uma das datas mais nótaveis na historia do direito moderno.

Decorriam ainda as negociações para a aprovação final e entrada em vigor da convenção de processo civil, quando a Hollanda iniciou os trabalhos preparatorios duma terceira conferencia com o fim de promover a codificação de diferentes capitulos de direito internacional privado. Para facilitar a consecução de resultados praticos, sem grande perda de tempo, foi nomeada por proposta de Asser uma commissão especial encarregada dos trabalhos preparatorios e convidou ás 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. A commissão neerlandêsa, procedendo de harmonia com as indicações de Asser, organizou o projecto de programma sobre as tres questões — *casamento* (condições de validade, effeito sobre o estado da mulher e dos filhos e sobre os bens dos esposos, divorcio e separação de pessoas) *tutela de menores, successões, testamento e doações mortis causa*. A conferencia que foi aberta na Haya a 25 de maio de 1900 estudou as questões do citado projecto do programma e assignou a 18 de junho do mesmo anno o *Protocollo final* com quatro projectos de convenção sobre a resolução de conflictos de leis em materia de casamento (condições de validade), sobre a resolução de conflicto de leis de jurisdicções em materia de divorcio e separação de pessoas, sobre a resolução de conflicto de leis e de jurisdicções em materia de tutela de menores, e sobre resolução de conflicto de leis em materia de successões, testamento e doações *mortis causa*. No mesmo protocollo reconheceu-se a necessidade duma quarta confe-

rencia para o estudo de certos assumptos e fez-se mais o voto de que o governo hollandês transmittisse quando julgasse opportuno os projectos de convenção elaborados pela conferencia.

O governo hollandês tinha assim deante de si uma dupla tarefa — negociar a assignatura dos tratados cujos projectos foram votados pela terceira conferencia, e preparar a reunião da quarta conferencia de direito internacional privado.

Encerrada a terceira conferencia, pouco tempo depois communicou o governo hollandês aos demais governos que acceitava os quatro projectos de convenção votados pela conferencia e convidou os mesmos governos a declarar se egualmente o acceitavam. As difficuldades, que se levantaram no decorrer das negociações, mostraram á Hollanda que só os tres primeiros poderiam ser assignados pela maior parte dos Estados representados na conferencia, e só estes foram propostos á assignatura que se realizou 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, Espanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Roumania, Suecia e Suissa, não tendo assignado a Dinamarca e a Noruega em vista de ser lei pessoal nestes paizes a lei do domicilio e a conferencia ter consagrado a lei da nacionalidade, e ainda a Russia.

A maioria dos signatarios (Allemanha, Belgica, França, Hollanda, Luxemburgo, Roumania, Suecia) ratificaram-nas de modo, que o deposito das ratificações poude ser feito

e assignado em 1 de junho de 1904 (já estava reunida a quarta conferencia) e por força duma disposição commum das convenções, que determinava que estes começariam a vigorar sessenta dias depois do deposito das ratificações, tornaram-se ellas leis dos Estados indicados no dia 1 de agosto de 1905, nova data digna de ser assignalada na historia do direito moderno.

Portugal tambem approvou as tres convenções por leis de 20 de dezembro de 1906, ratificando-as por carta regia de 7 de fevereiro de 1907, e depositou na Haya as ratificações a 2 de março do mesmo anno, começando por consequencia a vigorar entre nós a 2 de maio de 1907.

Para se desempenhar da segunda parte da sua missão, no desejo sempre firme de fazer progredir a codificação do direito internacional privado propoz 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 algumas modificações no fim do primeiro periodo da sua vigencia (que é de cinco annos para todas as convenções), — projecto de convenção sobre successões votado pela terceira conferencia, — 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 e enviou aos governos com o pedido de estes lhe remetterem as suas observações afim de a commissão neerlandêsa formar um quadro systematico similhante ao preparado para a ultima conferencia,

que pudesse ser-lhes enviado, como então, em tempo util antes da conferencia.

A conferencia reuniu-se em Haya no dia 16 de maio de 1904, estando alli representados todos os Estados que que se haviam feito representar na conferencia de 1900 e ainda mais o Japão, que, tendo manifestado o desejo de participar nos trabalhos da conferencia, foi unanimemente admittido a cooperar com os Estados europeus. A conferencia appreciou as questões submittidas ao seu exame e assignou 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 adicional* de 1897, — um *protocollo 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 direitos e deveres dos esposos,—um projecto de convenção referente á interdicção e ás medidas de protecção analogas,—e um projecto relativo a fallencias cujo texto não é destinado a uma convenção geral, mas apenas a servir de base a convenções singulares entre os Estados representados.

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 assignados na Haya quatro convenções: a primeira sobre processo civil e destinada a

substituir a de 1896, assignada pela Allemanha, França, Espanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Roumania, Russia e Suecia; a segunda sobre conflictos de leis em materia de successão e testamentos; a terceira sobre conflictos de leis relativos aos effeitos de casamento sobre as relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges; e a quarta sobre a interdicção e medidas de protecção analogas. Estas ultimas tres convenções foram assignadas pelos mesmos Estados, menos a Espanha, Suecia, Luxemburgo e a Russia. Por outro lado já foi convocada a quinta conferencia do direito internacional privado destinada a preparar o protocollo e a convenção complementares da convenção sobre as successões.

Destas quatro convenções só está em vigor a convenção sobre processo civil. As tres restantes só podem entrar em vigor depois de ratificadas por mais uma potencia, visto estarem ratificadas só por cinco e as convenções exigirem a ratificação de seis potencias pelo menos. Portugal approvou-as pela lei de 17 de setembro de 1908.

Alem destas convenções podemos ainda referir-nos ao projecto da convenção sobre letras de cambio, cujo protocollo final foi assignado em 25 de julho de 1910. E' na primavera de 1912 que se deve reunir a conferencia, para tratar definitivamente deste assumpto.

20 — Relativamente ás tendencias dos diversos Estados para a uniformização do direito internacional privado podemos tambem distinguir o que se passa na Europa e na America.

Se lermos as actas de todas as conferencias, verificamos que todas ellas encerram votos para novas conferencias afim de se alcançar a uniformização progressiva do direito internacional privado. Isto significa que a Europa está altamente empenhada na resolução deste problema, o que aliás bem se comprehende, se attentarmos na natureza propria do direito internacional privado, que já tivemos occasião de analysar.

E, se as infructiferas tentativas de Mancini e do governo hollandês de 1874 e a inefficacia final do congresso de Lima eram de molde a deixar duvidas acerca da probabilidade de vir a realizar-se a codificação geral do direito internacional privado, o congresso de Montevideu e acentuadamente as conferencias da Haya autorizam um juizo diverso, pois fizeram dar um grande passo para aquella codificação, como bem o patenteiam as circumstancias da sua realização e o alcance scientifico e pratico da sua obra.

A significação e o valor das conferencias da Haya são bem evidentes. A sua reunião foi o producto da tendencia para unificar o direito internacional, a sua obra mostrou a possibilidade de chegar a um accordo entre os Estados sobre questões importantes, e as convenções celebradas sobre as suas conclusões começam os trabalhos da codificação geral do direito internacional privado e legitimam a esperanza de que esse trabalho continuará até ao estabelecimento dum regimen uniforme de coordenação das leis privadas dos differentes paises.

Na America o movimento é igualmente pronunciado.

Não é desconhecido que os Estados americanos procuram organizar-se por forma a afirmar aos Estados europeus o seu valôr. E neste sentido tem celebrado conferencias conhecidas por *conferencias pan-americanas* para a organização dum código de direito internacional privado destinado a regular as relações inter-americanas de ordem privada. E' bem conhecida a phrase de Monroe — a America pertence aos americanos — que significa que a America attingiu um estado de civilização tal, que não pode consentir que os Estados europeus tenham nella colonias ou exerçam interferencia na sua vida politica.

Para a uniformização do direito internacional privado contribuirão tambem as duas conferencias que, por iniciativa do governo argentino, reunirão em Buenos-Ayres, a primeira 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 de 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 de direito internacional privado é, effectivamente, a adopção por um Estado, do *systema da lei do domicilio*, e, por outros, do *systema da lei da nacionalidade* na determinação da lei pessoal, e, por isso,

a iniciativa do governo argentino terá vencido a maior dificuldade que ainda obsta á uniformização geral daquelle direito, se conseguir conciliar a grande divergencia actual.

Na exposição do direito internacional privado português seguiremos o seguinte methodo: exporemos, em primeiro lugar, os principios formulados pelos tratados ou costume e, em seguida, apresentaremos as soluções e principios reconhecidos pelas leis internas portuguezas naquelles assumptos que ainda não estejam subordinados ás regras nascidas da vontade commum dos Estados. E quando tratarmos de apreciar o systema de principios, que possuímos para regular as relações internacionaes de character privado, deter-nos-hemos um pouco na analyse e comparação das legislações, para vermos se existem ou não principios geraes accoites por ellas, que regulem os factos que a internacionalização progressiva das relações privadas vem produzindo dentro da communidade internacional.

Não seguiremos assim em absoluto, nem o methodo *particular* nem o *geral*. Pois, segundo o primeiro, o direito internacional só pode estudar-se methodicamente nas legislações particulares de cada Estado e, segundo o ultimo, só se pode fazer o estudo daquelle direito no conjuncto das legislações, tornando-se assim possível formular os principios communs dessas legislações sobre os mesmos problemas que o mesmo direito se propõe resolver, verificar as divergencias reveladas pelas legislações e determinar até onde ellas se podem conciliar.



LIVRO I

REGIMEN JURIDICO INTERNACIONAL
DA CONSTITUIÇÃO DAS RELAÇÕES
INTERNACIONAES DE CARACTER PRIVADO

CAPITULO I

Condição dos estrangeiros

SECÇÃO I

Pessoas singulares

§ 1.º — Nacionaes e estrangeiros.

- 21 — Noção e importancia da nacionalidade em direito internacional privado.
- 22 — Criterios de attribuição da nacionalidade : a) nascimento; b) casamento; c) naturalização; d) outras causas.
- 23 — Perda da qualidade de cidadão: a) naturalização; b) casamento; c) outras causas.
- 24 — Readquisição da qualidade de cidadão.
- 25 — Conflictos de leis sobre a nacionalidade: positivo e negativo.
- 26 — Resolução dos conflictos : a) Criterios ; b) Character das leis attributivas da nacionalidade; c) Resolução.

§ 1.º

Nacionaes e estrangeiros

21 — Já sabemos que o direito internacional privado existe pela simples razão de que a humanidade se organizou em Estados independentes, resultando dahi que os individuos são *nacionaes* dalgum desses Estados e *extrangeiros* em relações a todos os outros. A qualidade de cidadãos e a condição juridica dos individuos como nacionaes, estabelece-a o direito interno de cada país, e a sua condição como extrangeiros é fixada pelo direito internacional. O estudo da condição dos extrangeiros pela determinação dos direitos concedidos aos individuos fóra do seu país constitue, como já foi dito, o primeiro problema característico do direito internacional privado.

A resolução deste problema suppõe como elemento inicial o principio da *differenciação* entre nacionaes e extrangeiros, 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 política formada por esse Estado

e pertencer a um grupo social que as circumstancias historicas constituiram sob a direcção dum governo commum.

Diverso é, porém, o alcance do conceito da nacionalidade em direito politico, onde significa, como define Mancini, uma sociedade natural de homens, que a unidade de territorio, de origem, de costumes e de lingua consubstancia numa unidade de vida e de consciencia social. Deste conceito nasceu o principio das nacionalidades, segundo o qual toda a nação tem o direito a constituir se em Estado independente. Foi este grito de guerra contra os Estados formados á força, que foi a chave dos acontecimentos politicos de que resultou a emancipação da Grecia, a constituição dos Estados Balkanicos, a unificação da Italia, a independencia da Belgica, a separação da Noruega, etc.

A theoria da nacionalidade tem uma dupla importancia sob o ponto de vista de direito internacional privado. Em primeiro logar, determina quem é nacional e quem é estrangeiro e assim habilita a conhecer a situação geral dos individuos. Na verdade, se são diversos os direitos e obrigações attribuidos aos nacionaes e aos estrangeiros, importa saber quem são uns e outros, para poder determinar-se a esfera juridica dentro da qual podem mover-se. E para mostrar quão differente é a situação duns e doutros diremos que, quando os estrangeiros se tornem por qualquer forma perigosos para a ordem publica, podem ser expulsos do territorio do Estado, o que se não verifica relativamente aos seus nacionaes, e que os estrangeiros podem ser extraditados e os nacionaes em regra o não são. Em segundo logar, ensina a fixar a lei pessoal de cada

qual, quando a lei pessoal seja a lei nacional, como é em geral nos Estados europeus, e ainda em Estados não europeus, como o Brazil e o Japão. E este ensinamento é importante, pois a lei pessoal é muitas vezes competente para regular as relações jurídicas, como por exemplo, o estado e a capacidade, as relações de familia e as successões.

22 — A theoria da nacionalidade em direito civil consiste em determinar como se adquire ou perde a qualidade de cidadão dum Estado, mas em direito internacional privado vem mostrar como as divergencias legislativas conduzem aos conflictos de nacionalidade, que são negativos, quando um individuo perde a sua nacionalidade sem adquirir outra, e positivos, quando o individuo tem mais de uma nacionalidade.

A qualidade de cidadão dum Estado pode adquirir-se pelo nascimento, casamento, naturalização e ainda por outras causas.

Vejamos agora como apparecem as divergencias nas legislações, dando logar aos conflictos positivo e negativo.

a) Ha um ponto em que existe uniformidade em todas as legislações, que é o de attribuir a nacionalidade áquelles que nascem no territorio do Estado de paes nacionaes. Neste sentido dispõe o nosso codigo civil que « são cidadãos portuguezes: os que nascem no reino, de pae e mãe portuguezes... (art. 18.º, n.º 1.º) ».

Esta uniformidade de vistas, porém, desaparece

quando encaramos o problema da determinação da nacionalidade dos individuos nascidos em territorio estrangeiro de paes nacionaes, em vista da divergencia das legislações.

Estas divergencias resultam do facto de terem umas legislações adoptado o *systema do jus sanguinis*, segunde o qual se attende á filiação para a determinação da nacionalidade, e outras o *systema do jus soli*, que considera nacionaes os individuos nascidos no territorio do Estado.

Assim o codige civil espanhol determina no art. 17.º, n.º 2.º que «são espanhoes: os filhos de pae ou mãe espanhoes, ainda que tenham nascido fóra da Espanha» e no art. 19.º que «os filhos dum estrangeiro nascidos nos dominios espanhoes deverão manifestar, dentro do anno seguinte á sua maioridade ou emancipação, se querem gosar a qualidade de espanhoes que lhes concede o art. 17.º». O codige civil portuguez estabelece no art. 18.º, n.º 2.º que «são cidadãos portuguezes: os que nascem no reino de pae estrangeiro, com tanto que não resida por serviço da sua nação, salvo se declararem por si, sendo já maiores ou emancipados ou por seus paes ou tutores, sendo menores que não querem ser cidadãos portuguezes». Desta fórma é facil de comprehender como um individuo, em face das duas legislações, pode ter duas nacionalidades: supponhamos um individuo nascido em Portugal de paes espanhoes; este individuo é, em face da lei espanhola, espanhol, e portuguez, segundo a nossa lei, a não ser que declare que opta pela nacionalidade dos seus paes. Estas divergencias accentuam se nos paes que seguem o *jus sanguinis* puro,

como a Allemanha e Austria, e nos que seguem o *jus soli* tambem puro.

Na America o *systema* preponderante é o *jus soli*, mas a maior parte dos Estados fazem a combinação dos dois *systemas*.

Para a determinação da nacionalidade dos individuos nascidos de paes incognitos ou de nacionalidade desconhecida, os Estados estabelecem o preceito de que são considerados nacionaes. O nosso codigo civil assim o dispõe no art. 18.º, n.º 4.º.

b) O casamento é um outro facto por que se adquire a nacionalidade. E' principio consagrado na maior parte das legislações que a mulher adquire a nacionalidade do marido; mas algumas legislações, como a de Argentina, Chile, S. Salvador, não admittem este principio. E daqui a possibilidade de conflictos.

Supponhamos que uma espanhola casa com um argentino: segundo o art. 22.º do codigo civil espanhol, «a mulher casada segue a condição e nacionalidade do seu marido», segundo a lei argentina, não se adquire nacionalidade pelo facto do casamento, de forma que fica a citada mulher sem nacionalidade. Com a legislação portugueza não se dá este conflicto negativo de nacionalidades, visto que o art. 22.º, n.º 4 do codigo civil dispõe que a mulher portugueza casada com o extangeiro não perde a qualidade de cidadão portuguez, quando por esse facto não fique pertencendo á nacionalidade do marido.

c) Um outro facto acquisitivo da nacionalidade é a naturalização. Este termo é empregado em tres accepções: em sentido lato, designa a mudança de nacionalidade resultante de qualquer facto; em sentido restricto, significa todo o meio indicado pelas leis para obter a nacionalidade; enfim, no sentido proprio, é a concessão da qualidade de nacional feita pela autoridade competente ao estrangeiro que a pede.

Todos os Estados admittem esta forma da aquisição da nacionalidade, mas divergem quanto á determinação da sua natureza, e assim é que todas as legislações europeas, menos a grega, a consideram como um favor, uma *graça* do Estado feita ao estrangeiro que pretende adquirir a qualidade de nacional, emquanto as legislações americanas, em geral, e ainda a grega a consideram como um *direito* do estrangeiro, desde que este satisfaça as condições prescriptas na lei, podendo em tal caso recorrer ao governo ou aos tribunaes locais para fazer valer esse direito.

Entre nós a naturalização era regulada pelo art. 19.º do código civil, que foi modificado pelo decreto de 2 de dezembro de 1910, que é hoje o diploma legal que regula a concessão de cartas de naturalização aos estrangeiros. Este decreto foi esclarecido pelo decreto de 28 de março de 1911, relativamente ao art. 3.º, que dispõe que «o estrangeiro naturalizado não poderá exercer funções publicas de qualquer natureza... emquanto não decorrerem cinco annos, pelo menos, após a data da sua naturalização».

Pois o decreto de 28 de março vem dizer que esta disposição só se refere aos naturalizados de accordo com o que se estabeleceu no citado decreto de 2 de dezembro e não aos que á data da publicação deste decreto se encontravam na posse da qualidade de cidadãos portuguezes ou estavam, mesmo sem a naturalização, exercendo quaesquer das funcções a que se refere o artigo 3.º. Este artigo foi rectificado nos seguintes termos: « o estrangeiro naturalizado em virtude do estatuido neste decreto não poderá exercer funcções publicas de qualquer natureza... emquanto não decorrerem cinco annos, pelo menos, após a data da sua naturalização, excepto quando já antes exercia essas funcções ».

No decreto de 2 dezembro adopta-se o *système* da naturalização *gracia*, que tambem já era seguido pelo código civil, como se deduz do art. 1.º: « o governo *poderá* conceder cartas de naturalização aos estrangeiros que a requeriram na camara municipal da sua residencia... ».

As cartas de naturalização começam a produzir os seus effeitos só depois de serem devidamente registadas, fixando o art. 4.º o prazo de seis menses para este registo no archivo da camara municipal do concelho, onde o estrangeiro estabelecer o seu domicilio.

Relativamente aos direitos dos estrangeiros naturalizados occupar-nos-hemos quando tratarmos propriamente da condição juridica. Mas ha um ponto que é preciso conhecer desde já, e este é o do effeito da naturalização quanto á mulher e filhos.

A este respeito existem dois *systemas*: o de caracter *peçoal* e o de caracter *collectivo*.

Segundo o primeiro, a naturalização só affecta a pessoa que a requereu. E' o *systema* admittido em Portugal, Turquia, Roumania. O nosso codigo não é, porém, muito claro a este respeito, porquanto dispendo que « a naturalização em pais estrangeiro, de portuguez casado com portuguesa, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez, em relação á mulher, salvo se ella declarar que quer seguir a nacionalidade do seu marido » e que « da mesma forma a naturalização em pais estrangeiro de portuguez, ainda que casado com mulher de origem estrangeira, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação aos filhos menores, havidos antes da naturalização salvo se estes, depois da maioridade ou emancipação, declararem que querem seguir a nacionalidade do seu pae (art. 22.º, §§ 1.º e 2.º) », nada diz a respeito da situação da mulher e dos filhos dum estrangeiro que se naturalize portuguez. O Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, e nós tambem sómos da mesma opinião, entende que esta questão se deve resolver por analogia do art. 22.º, §§ 1.º e 2.º, não affectando por consequencia a naturalização do marido a condição do mulher e dos filhos a não ser que prestem a declaração de que querem seguir a sua nacionalidade.

A maior parte dos Estados segue o *systema* colectivo, segundo o qual a naturalização do marido produz effeitos relativamente á mulher e aos filhos menores. Este *systema* tem tres variantes: 1.ª) *absoluto* — a mulher e os filhos menores seguem a nacionalidade do marido, não tendo o direito de opção; 2.ª) *absoluta* para a mulher e

com *opção* para os filhos — a mulher segue a nacionalidade do marido e os filhos emancipados ou chegados á maioridade podem declarar que querem seguir a nacionalidade paterna; 3.^a) *opção* só para os filhos — a mulher continua a pertencer á sua nacionalidade e os filhos podem optar pela nacionalidade paterna em epoca competente.

d) Ha ainda varios outros factos por que se adquire a nacionalidade. Assim na Argentina, Brazil, Japão, Hungria, etc., todo o estrangeiro, que despose uma nacional de qualquer destes Estados e fixe ahí a sua residencia, fica por estes motivos nacional do mesmo Estado. Nalguns paises a acceitação de certos cargos publicos traz como consequencia a acceitação da sua nacionalidade; noutros, como no Brazil, basta a simples posse dos immoveis para ser considerado cidadão; etc.

E' facil de verificar como estas divergencias legislativas produzem conflictos de nacionalidades.

23 — a) Todos os Estados são unanimes em admitir que os seus cidadãos se podem naturalizar em país estrangeiro. Entre nós dispõe o codigo civil no art. 22.^o, n.^o 1.^o que « perde a qualidade de cidadão portuguez: o que se naturaliza em país estrangeiro... ». Mas nem todos são concordes em que elles fiquem sem a sua primitiva nacionalidade. Assim um cidadão da Argentina, Equador, Venezuela, Russia, que se naturalize portuguez, não perde a qualidade de cidadão dos respectivos Estados,

originando desta forma um conflicto positivo de nacionalidade.

Relativamente aos effeitos da perda da nacionalidade por naturalização, em relação á mulher e aos filhos, podem apresentar-se quatro variantes: 1.^a) abrange a mulher e os filhos (Allemanha, Espanha); 2.^a) abrange a mulher e os filhos, se sairem do país para residirem no da nacionalidade do marido (Hungria, Italia); 3.^a) a perda da nacionalidade relativamente á mulher e filhos depende de concessão de autoridade competente (Suissa); 4.^a) abrange a mulher e filhos, se assim o pedirem expressamente (Russia, França, Portugal). As legislações dalguns Estados, como a bulgara, são extranhas a este assumpto.

b) Uma outra forma porque se perde a nacionalidade é o casamento, mas tambem a este respeito não ha uniformidade nas diversas legislações, podendo reduzir-se a quatro os systemas seguidos: 1.^o) a mulher, que casa com um estrangeiro, perde sempre a sua nacionalidade, como succede na Allemanha, Costa Rica, Cuba, China, Austria, Dinamarca, etc.; 2.^o) a mulher casada com um estrangeiro perde a qualidade de cidadão, só quando a adquire no país do marido, como, por exemplo, na Inglaterra, França e nomeadamente em Portugal, onde o codigo civil no art. 22.^o, n.^o 4.^o dispõe que «perde a qualidade de cidadão português: a mulher portugêsa que casa com estrangeiro, salvo se não fôr, por esse facto, naturalizada pela lei do seu marido»; 3.^o) a mulher casada com estrangeiro não perde a sua nacionalidade, se não

sahir do seu país, como no Equador e Guatemala; 4.º) a mulher nunca perde pelo casamento a sua nacionalidade, como na Argentina, Brazil, Chile, Perú, Paraguay, Estados Unidos, etc.

Desta divergencia de legislações resultam fatalmente conflictos de nacionalidades tanto positivos como negativos: supponhamos que uma mulher brasileira casa com um português; pelo facto do casamento ella é portugueza, segundo a nossa lei, mas tambem é brasileira, porque, segundo a lei do Brazil, a mulher que casa com estrangeiro não perde a sua nacionalidade, logo fica a mulher com duas nacionalidades; mas pode tambem dar-se o caso de a mulher ficar sem nacionalidade, como succede com uma allemã que case com um argentino, pois, segundo a lei allemã, a mulher perde a sua nacionalidade pelo facto do casamento e, segundo a lei argentina, não fica tendo a do marido.

c) As legislações admittem ainda outras causas de perda da nacionalidade: 1.ª) a abdicção pura e simples da nacionalidade (Allemanha, e Hungria); 2.ª) a residencia em país estrangeiro além dum certo prazo (Allemanha, Hungria, Italia, Suecia e Dinamarca); 3.ª) accettazione de cargos publicos em país estrangeiro ou de pensões ou condecorações de governos estrangeiros (Allemanha, Grecia, Hespanha, Hollanda, Hungria, Italia, Mexico e Portugal onde o art. 32.º n.º 2 do cod. civil dispõe que «perde a qualidade de cidadão português: o que sem licença do governo acceta funções publicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro»); 4.ª)

a saída do país com o destino de não regressar (Austria, Belgica, Luxemburgo e Noruega); 5.^a a pena de expulsão do país (Portugal e Bulgaria); 6.^a a pratica de certos crimes (na Bolivia e Haiti a bancarrota fraudulenta).

Tambem estas divergencias podem facilmente levar a conflictos de nacionalidade.

24 — A theoria da nacionalidade abrange ainda a readquisição da qualidade de cidadão. Um grande numero de Estados nada determina a este respeito, devendo portanto entender-se que é necessaria a naturalização para que o individuo recupere a sua antiga nacionalidade, como se dá com a legislação inglêsa, outros facilitam a readquisição relativamente á mulher, como na Hespanha, Belgica, Grecia e Portugal.

A segunda parte do n.º 4.º do art. 22.º do cod. civil portuguez dispõe que, dissolvido o matrimonio da mulher portuguesa casada com estrangeiro, pode aquella recuperar a sua antiga qualidade de portuguesa declarando-o assim perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio. Ha um caso, porém, omisso na nossa lei, que é a hypothese da readquisição da nacionalidade por parte da mulher portuguesa casada com um estrangeiro que mais tarde se naturalize portuguez. Esta mulher estrangeira pelo facto de casamento readquirirá a qualidade de cidadão portuguez pelo facto da naturalização do marido? Se attendermos aos motivos que levaram o legislador a dar á mulher a nacionalidade do marido, parece-nos que deve

solucionar-se a hypothese por analogia com a regra do art. 22.º § 1.º, isto é, facultando á mulher a readquisição da nacionalidade perdida por simples declaração. Na verdade a boa intelligencia entre os esposos, a gestão dos interesses communs do *ménage* soffreriam com a diversidade de patrias. O casamento deve dar aos esposos uma patria commum; esta patria, não podendo ser a da mulher, pois que ella deve obedecer ao seu marido e segui lo em todas as mudanças de residencia, será sempre a do marido, ao qual a natureza e a lei sempre conferem a hegemonia domestica. Mas, se foi nestas razões, que o legislador se inspirou para dar á mulher portugûesa a nacionalidade do marido, estas razões mantêm-se ainda na hypothese indicada, não podendo deixar-se de lado na sua resolução. Ha casos em que os Estados admittem a readquisição como uma graça especial do governo, como acontece entre nós com os que, sem licença do governo, aceitam funções publicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro (cod. civ. art. 22.º, n.º 2.º).

25 — Do estudo das legislações comparado, que temos feito, vê se quanto é facil a um individuo ou não ter nacionalidade ou ter mais que uma, dando assim lugar aos conflictos positivo e negativo.

O conflicto positivo dá-se quando um individuo é considerado nacional por mais de uma legislação; e o negativo quando o individuo perde a sua nacionalidade sem adquirir outra. A esta ultima situação chamam os allemães *hei-*

mathlosat e *heimathlosen* aos individuos nella comprehendidos.

Mas não ter ou ter mais que uma nacionalidade não é indifferente á condição juridica do individuo. A lei nacional é muitas vezes invocada para regular certas situações, como o estado e a capacidade do individuo, sendo por isso necessario saber qual a lei que ha de regular estas situações. A condição do individuo com duas ou mais nacionalidades é anomala e pode acarretar-lhe graves consequências ; assim um individuo que seja ao mesmo tempo portugês e espanhol ver-se-ha seriamente embaraçado para o cumprimento do serviço militar.

O melhor meio de resolver estas difficuldades provenientes dos conflictos de nacionalidades seria naturalmente o accordo de todos os Estados no sentido de uniformizarem as suas legislações de modo a evitar que os individuos pudessem ficar sem nacionalidade ou com mais de uma. O *Instituto* de direito internacional, que tanto tem contribuido para a uniformização do direito internacional privado, formulou na sessão de Veneza de 1896 as seguintes regras para a eliminação dos conflictos sobre a nacionalidade: o filho legitimo deve seguir a nacionalidade que o pae tiver no momento do nascimento do filho; o illegitimo a nacionalidade do pae que o reconhecer, mas, se fôr reconhecido por ambos, deve seguir a nacionalidade daquelle que o reconhece em primeiro logar; os filhos de pae estrangeiro devem ter sempre a nacionalidade estrangeira; só se podem naturalizar os que perdem a qualidade de cidadãos no seu pais por este facto, ou os que tenham

participado ao seu governo que querem mudar de nacionalidade, devendo, porém, demonstrar que já satisfizeram as leis do recrutamento militar do seu país (entre nós o decreto de 2 de dezembro de 1910 exige expressamente no n.º 5.º do art. 1.º o cumprimento das leis do recrutamento militar para a concessão da carta de naturalização aos estrangeiros); ninguém pode perder a nacionalidade do seu país ou a ella renunciar, se não provar que adquiriu uma nova nacionalidade; deve ser eliminada a perda de nacionalidade como pena; etc.

26 — a) Para a resolução dos conflictos de nacionalidades temos de attender a tres criterios: o da *cidade*; o da *exclusividade*; e o da *continuidade*.

Segundo o criterio da *cidade*, toda a pessoa deve ter uma nacionalidade. E, consequencia da actual organização politica da humanidade e um evidente factor da regularização da situação dos individuos dentro da sociedade internacional.

Segundo o criterio da *exclusividade*, um individuo só deve ter uma nacionalidade. Com effeito, porque a nacionalidade representa a participação 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, 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 incompatível com a unidade e estabilidade da sua situação jurídica, encontrar-se-ha numa situação jurídica contradictoria e irreductível, absolutamente repugnante á regularidade das relações internacionaes e que os Estados deverão evitar pela possível uniformização das suas leis sobre a attribuição da nacionalidade.

Segundo o criterio de *continuidade*, o individuo continua a ter a sua antiga nacionalidade, emquanto não adquira uma nova. Evita-se assim o apparecimento dos individuos sem patria — *heimathlosen* — na situação anómala de não terem um Estado que especialmente os proteja e sem leis certas que deem estabilidade á sua personalidade jurídica. 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.

b) 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 públicas, e portanto são leis que entram evidentemente no direito publico interno de cada Estado. Ao Estado

deve, porisso, ser permittido estabelecer com inteira liberdade quais os individuos a quem ha-de confiar a creação 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-foi* e as leis estrangeiras acerca 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.

Estas leis encontram-se entre nós na legislação civil, mas impropriamente, visto que, sendo de character publico e prendendo-se com a organização politica do Estado, têm o seu logar proprio na constituição politica, como succede na maior parte dos Estados.

c) 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 póde 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 qualidade 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

considera seu nacional. Em tal hypothese, o conflicto resolve-se, pois, judicialmente pela applicação da *lex fori*.

Na segunda hypothese, dado o direito igual 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, um individuo estiver domiciliado em algum desses 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, porisso, 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. E' a prioridade de adquisição da nacionalidade. Uma pessoa só deve ter uma nacionalidade e, porisso, quando tenha duas adquiridas successivamente e sem que a adquisição da segunda o emancipasse da primeira, será esta a que deve tomar-se em conta como um direito internacionalmente adquirido ainda não regularmente substituido. E' certo que ao individuo deve ser permitido mudar de nacionalidade, o que faz com que alguns autores se decidam pelo reconhecimento da segunda e, seguindo esta orientação — dispõe a lei japonêsa que se

tome em consideração a ultima nacionalidade a não ser que a primeira seja japonêsa, porque em tal caso o individuo é japonês — mas tambem é certo que o Estado tem inteira liberdade para regular como entender 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.

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 insolúvel, pois se não póde indicar um criterio certo para orientar o legislador. Mas, como o tribunal não póde 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.

Mas qual o principio que deve orientar os tribunaes no caso do *heimathlos*? Como todo o individuo deve ter uma nacionalidade, o tribunal deverá verificar qual a antiga nacionalidade do *heimathlos* e pelo principio da continuidade considera-lo como tendo ainda essa mesma nacionalidade. Este principio foi já sancionado pelos codigos civis allemão e japonês e pelo codigo geral dos bens do Montenegro.

Mas, se a nacionalidade perdida é a do tribunal em que se ventila a questão, não pôde este considera-lo nacional sem offender as leis do seu país. Como, porém, não pôde deixar de julgar por falta de lei, deverá applicar a lei do domicilio ou, na sua falta, a lei do logar onde forem celebrados os actos juridicos e só em ultimo caso a *lex-foi*.

Para a resolução dos conflictos de nacionalidades portugûsa e americana celebraram Portugal e os Estados Unidos da America uma convenção em 6 de abril de 1908, que foi confirmada por Portugal por carta regia de 21 de setembro do mesmo anno.

No art. 1.º desta convenção dispõe-se que «os subditos portugûses que se tornam cidadãos naturalizados nos Estados Unidos da America, e que tenham residido sem interrupção durante cinco annos nos Estados Unidos, serão considerados por Portugal cidadãos americanos e como taes serão tratados. Reciprocamente os cidadãos dos Estados Unidos da America que se tornarem subditos naturalizados de Portugal e que tenham residido sem interrupção durante cinco annos em territorio portugûs, serão considerados pelos Estados Unidos subditos portugûses e como taes serão tratados.»

No art. 3.º estabelece que «se o antigo subdito portugûs naturalizado nos Estados Unidos tornar a residir em Portugal sem intenção de volver á America, será havido como tendo renunciado á sua naturalidade nos Estados Unidos. Reciprocamente, se um antigo cidadão americano, naturalizado em Portugal, tornar a residir nos Es-

tados Unidos, sem intenção de volver a Portugal, será havido como tendo renunciado á sua naturalização em Portugal. A intenção de não volver ao pais onde se obteve a naturalização póde considerar-se demonstrada quando as pessoas naturalizadas num pais residirem mais de 2 annos no outro ».

O art. 1.º desta convenção veiu modificar o principio americano de que não se perde a qualidade de cidadão dos Estados Unidos pelo facto da naturalização noutro pais, e o art. 3.º o disposto no nosso codigo civil art. 22.º, n.º 1.º, segundo o qual o que se naturaliza em pais estrangeiro perde a qualidade de cidadão portugûes, mas póde recupera-la regressando a Portugal com animo de cá se demociilar e *declarando-o* perante a municipalidade do logar, que eleger para seu domicilio.

A disposição do art. 2.º do decreto de 2 de dezembro de 1910, estabelecendo que « o cidadão portugûes que porventura seja havido como nacional tambem de outro pais, enquanto viver neste pais não poderá invocar a qualidade de cidadão portugûes », tem um duplo alcance : os tribunaes portugûeses deverão sempre attribuir-lhe a nacionalidade do domicilio; e o Estado portugûes não poderá protege-lo, nem elle invocar essa protecção.

Ha ainda relativamente á solução do conflicto de nacionalidades um accordo celebrado por Portugal com a Espanha em 1897, mas que não está ainda ratificado.

§ 2.º — Direitos dos estrangeiros.

- 27 — Classificação dos direitos individuaes.
- 28 — Direitos do cidadão originario e do cidadão por naturalização.
- 29 — Condição dos estrangeiros na evolução jurídica.
- 30 — Estado actual desta evolução.
- 31 — Conteúdo e alcance do principio do reconhecimento da personalidade jurídica do estrangeiro :

A) Um minimo de direitos :

I Direitos publicos : 1.º) direito de personalidade ; 2.º) direito de comunicação internacional ; 3.º) direito de entrar, residir e circular no pais ; 4.º) direito de trabalho, commercio e industria ; 5.º) liberdade de pensamento ; 6.º) liberdade de consciencia e culto ; 7.º) liberdade de aprender e frequentar as escolas ; 8.º) liberdade de associação ; 9.º) inviolabilidade ; 10.º) direito de acção ; 11.º) direito á assistencia publica ; 12.º) direito de petição.

II Direitos privados : 1.º) direito de constituir familia ; 2.º) direito de adquirir, fruir e transmittir a propriedade.

a) Systema de reciprocidade ;

b) Systema de egualdade.

B) Limite maximo de direitos.

32 — Direitos dos estrangeiros em Portugal :

I Direitos publicos : 1.º) direito de personalidade ; 2.º) direito de comunicação internacional ; 3.º) direito de entrar, residir e

circular no país; 4.º) liberdade de trabalho, commercio e industria; 5.º) liberdade de expressão do pensamento; 6.º) liberdade de consciencia e culto; 7.º) liberdade de ensinar e aprender; 8.º) liberdade de associação; 9.º) direito á assistencia publica; 10.º) inviolabilidade da pessoa, dos bens e do domicilio; 11.º) direito de acção; 12.º) direito de petição.

II Direitos privados :

- a) Regra geral : egualdade ;
- b) Limitações; 1.º) incapacidades, 2.º) egualdade condicionada.

III Limites.

33 — Extrangeiros privilegiados :

- a) Classes de privilegios: 1.º) convencionaes; 2.º) legaes; 3.º) funcioneaes: α) inviolabilidade; β) exterritorialidade;
- b) Inviolabilidade : 1.º) chefes do Estado; 2.º) agentes diplomaticos; 3.º) consules;
- c) Exterritorialidade : 1.º) chefes de Estado; 2.º) agentes diplomaticos; 3.º) consules.

(Cont.).

§ 2.º

Direitos dos extrangeiros

27 — A condição juridica dos extrangeiros deve ser apreciada sob o ponto de vista das tres especies de direitos

que habitualmente se distinguem: *direitos politicos, direitos publicos e direitos privados.*

Em qualquer Estado os seus cidadãos gosam destas tres ordens de facultades ou meios que regulam o exercicio da sua actividade. Pelos direitos politicos participam directa ou indirectamente do governo e administração do Estado. Directamente quando exercem qualquer função publica e indirectamente quando concorrem para a formação de qualquer orgão publico. De maneira que, quer o individuo seja simples eleitor, quer seja eleito para uma municipalidade ou para o congresso nacional, quer seja ministro ou chefe de Estado ou ainda mesmo um simples funcionario publico, elle exerce sempre um direito politico.

Mas, fóra da ordem politica, ha ainda facultades, que são destinadas a constituir a personalidade e a condicionar as suas manifestações. O primeiro destes direitos é o reconhecimento da personalidade. A capacidade juridica ou a susceptibilidade de direitos e obrigações é, com effeito, o ponto de partida de toda a vida juridica. Nos Estados modernos todos os individuos são pessoas, e a personalidade suppõe condições de realização que se concretizam no direito de liberdade nas suas differentes manifestações. A personalidade é de per si uma liberdade de exercer direitos. Se o individuo não tivesse liberdade de realizar a sua actividade na ordem economica, intellectual ou moral, não comprehendaria a personalidade. Estes direitos, formam o substractum de toda a vida juridica e são condição indispensavel da segurança e garantia dos individuos na

sociedade, e, como não representam interesses economicos, são meras virtualidades.

Ao lado dos direitos politicos e publicos apparecem ainda os direitos privados, que são faculdades destinadas a constituirem relações juridicas de ordem privada e as proprias faculdades já constituídas, ou, segundo o nosso codigo civil, os direitos e obrigações que se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes.

Posto isto, o caminho a seguir na determinação dos direitos concedidos aos estrangeiros está naturalmente indicado: é verificar quaes os direitos, dentro de cada um desses grupos, são concedidos aos estrangeiros.

28 — O cidadão dum Estado que o é por nascimento goza de todos os direitos e garantias individuaes. Mas differente é a situação do cidadão por naturalização, que se encontra numa condição inferior relativamente ao primeiro. Na verdade, profundas são as differenças estabelecidas pelas legislações de todos os Estados principalmente no campo de direitos politicos.

Entre nós têm elles as seguintes inferioridades relativamente aos cidadãos originarios :

1.^a) Não podem ser eleitos presidentes da Republica (Constituição — art. 39.^o);

2.^a) Não podem ser nomeados ministros de Estado,

como resulta do art. 47.º da Constituição combinado com o art. 7.º do decreto de 5 de abril de 1911;

3.ª) Não podem ser eleitos deputados, visto o artigo 7.º do citado decreto de 5 de abril dispôr que são elegiveis os eleitores e o artigo 6.º que não podem ser eleitores os portuguezes por naturalização. Por analogia não devem tambem poder ser eleitos senadores;

4.ª) Não podem ser eleitores (art. 6.º n.º 5 do dec. de 5 de abril de 1911);

5.ª) Não podem ser agentes do ministerio publico, nem magistrados judiciaes;

6.ª) Não podem exercer funcções publicas de qualquer natureza nem exercer funcções de direcção ou fiscalização em sociedades ou outras entidades dependentes do Estado por contracto ou por elle subsidiadas, emquanto não decorrerem cinco annos, pelo menos, após a data da sua naturalização (art. 3.º do dec. de 2 de dezembro de 1911). Para que se não interpretasse retroactivamente esta disposição, o decreto de 28 de março de 1911 veio explicar que ella não se referia aos naturalizados anteriormente á publicação do decreto de 2 de dezembro nem aos estrangeiros que já estivessem exercendo aquellas funcções (art. 1.º). Durante o mesmo praso de cinco annos o estrangeiro naturalizado é sujeito, emquanto á acquisição e posse de bens mobiliarios, ás mesmas restricções que existirem para os estrangeiros (§ unico do art. 3.º do dec. de 2 de dezembro).

29 — Não foi sempre igual a condição dos estrangeiros na evolução jurídica, tendo ido da privação geral de todos os direitos até á posse das faculdades jurídicas indispensaveis para terem assegurado em todos os Estados civilizados o exercicio da propria actividade e garantida a defêsa da pessoa e da propriedade.

A determinação da condição jurídica dos estrangeiros nas sociedades primitivas é um problema acerca do qual os tratadistas ainda não chegaram a um accordo. Entendem uns que essas sociedades viveram com os estrangeiros num regimen de perfeita egualdade e sustentam outros que as sociedades primitivas tiveram um character exclusivista, sendo absolutamente fechadas aos estrangeiros que eram ou reduzidos á escravidão ou aniquilados como inimigos. Mas se esta doutrina encerra um pouco de exagero, a primeira é insustentavel pôr ser contraria aos fundamentos em que assentavam os primeiros agregados sociais. Embora a verdade historica ainda não esteja estabelecida, parece-nos que, baseando-se as instituições jurídicas das sociedades primitivas na religião e attento o character exclusivista desta, os estrangeiros não podiam participar da communidade jurídica das outras sociedades. As profundas dissimilhanças de tradições, de costumes são um outro elemento que nos leva a pôr de parte a doutrina egalitaria de alguns tratadistas.

As legislações antigas apresentam o character commum dum extremo rigor para com os estrangeiros. E' provavel que entre os povos commerciantes as necessidades do

commercio conduzissem a algum adoçamento, mas entre os outros povos o rigor para com o estrangeiro manteve-se por muito tempo, até que o desenvolvimento destes povos tornou absolutamente impossível a sua vida só com o exercício da sua actividade exclusiva. E quanto mais intensa se foi tornando a vida dos povos, tanto maior se foi tornando a necessidade de regular as relações com os estrangeiros, orientando assim a evolução no sentido de approximar os estrangeiros dos nacionaes até onde essa approximação fosse possível.

A lei romana na sua origem só distingue os cidadãos romanos dos que o não são; estes ultimos eram excluidos de toda a participação do direito proprio de Roma — *jus civile* — exprimindo-se pela seguinte forma, bastante energica a lei das XII taboas: *adversus hostem aeterna auctoritas esto*. O odio contra o estrangeiro nesta epocha revela-se ainda pela expressão *hostis*, que egualmente designa o estrangeiro e o inimigo. Só mais tarde é que se começou a distinguir o estrangeiro amigo, *peregrinus*, daquelle com quem se estava em guerra *hostis*. O rigor da lei romana para com os estrangeiros era, porém, bastante atenuado pelo *hospitium*, por meio do qual um estrangeiro se collocava sob a protecção dum cidadão romano que o defendia como a si mesmo, para que o estrangeiro procedesse de egual forma quando se encontrasse no seu pais. Foi através desta instituição que o estrangeiro começou a introduzir-se na cidade romana, conseguindo gradualmente conquistar uma regulamentação propria para o exercício da sua actividade, apparecendo então o *jus gentium* que,

não tendo nada de commum com o que chamamos direito internacional, assegurava comtudo aos estrangeiros uma condição juridica favoravel, emquanto reconhecia que havia principios de direito commum a todos os homens: A area do *jus gentium* foi-se alargando, attrahindo institutos que pertenciam ao *jus civile*, crescendo deste modo o numero de direitos de que gosavam os estrangeiros. Finalmente, quando Roma attinge o apogeu do seu poder e da sua grandeza, procura transformar o mundo numa vasta organização politica, com uma só lei e uma só administração, não reconhecendo juridicamente senão o que se encontra sob o seu dominio. Desapparece assim quasi totalmente a distincção entre nacionaes e estrangeiros.

Com a queda do velho e enervado corpo do imperio do occidente, o estrangeiro perde todos os direitos e garantias que até ahí se lhe reconheceram. Na exclusivista e despotica edade feudal foi desapiedada e misera a condição do estrangeiro: aqui o senhor chegava a assumir o direito de vida e de morte sobre elle, alli o considerava escravo. A sua entrada e residencia em territorio estranho eram sobrecarregadas de mais avultadas taxas, das mais onerosas e aviltantes condições. O estrangeiro era excluido do direito commum; nem sequer lhe permittiam o testar. Quando morto, seus bens, declarados vagos, eram devolvidos, não a seus herdeiros naturaes, mas ao senhor da terra (*direito de albinagio*). Quando naufragasse, os bens que o acompanhassem tambem pertenciam ao senhor da terra (*direito de naufragio*). E muitas vezes o governo concedia a um seu subdito o direito de capturar as pessoas

e de apoderar, até a uma somma determinada, dos bens dos cidadãos dum Estado estrangeiro, em que o subdito tinha soffrido alguma offensa, sem ter podido conseguir a satisfação que lhe era devida (*direito de represalias*).

A emancipação das communas foi a primeira força que abriu combate contra estas prepotencias exercidas contra os estrangeiros, até que a Revolução francêsa, num arrojo de progresso e de sciencia, alterando as bases de todas as instituições politicas e sociaes, proclamando os direitos do homem, pregando a egualdade e a fraternidade, desfez as barreiras existentes entre nacionaes e estrangeiros, sendo hoje um principio assente a equiparação dos nacionaes aos estrangeiros no campo do direito civil e do direito publico. Só alguns Estados, como a Argentina, vão ainda mais longe, concedendo aos estrangeiros alguns direitos politicos.

30 — O producto desta longa evolução foi, pois, o reconhecimento da personalidade juridica do estrangeiro, que é hoje o principio basilar do direito internacional privado, como se deprehende das leis internas e de numerosos tratados, em que expressamente os Estados reconhecem aos estrangeiros todos os direitos necessarios para que exerçam a sua actividade como homens civilizados. Para a elucidação deste assumpto vamos apresentar algumas disposições do tratado de commercio e navegação, celebrado em 26 de janeiro de 1897 entre Portugal e o Japão e ratificado nesse mesmo anno, que pode considerar-se um

tratado typõ sobre este ponto de vista. No artigo 1.º deste tratado dispõe-se que « Os subditos de cada uma das duas altas partes contractantes terão toda a liberdade de entrar, viajar ou residir em qualquer logar do territorio da outra e ahi gosarão de plena e inteira protecção para as suas pessoas e suas propriedades. Elles terão um accesso livre e facil aos tribunaes para demandar ou defender os seus direitos; terão nas mesmas condições que os subditos do pais a faculdade de escolher e empregar procuradores, advogados e mandatarios afim de demandarem e defenderem os seus direitos perante estes tribunaes, e, quanto ás outras materias relativas á administração da justiça, gosarão de todos os direitos e privilegios de que gosam os subditos do pais. Em tudo o que disser respeito ao direito de residencia e viagem, á posse de bens e effeitos mobiliarios de qualquer especie que seja, á transmissão de bens immobiliarios por successão testamentaria ou qualquer outra, e ao direito de dispôr por qualquer maneira dos bens de todas as especies que possam legalmente adquirir, os subditos de cada uma das partes contractantes gosarão, no territorio da outra dos mesmos privilegios, liberdades e direitos e não serão submettidos, relativamedte a estes factos, a nenhum imposto ou encargo mais elevado que os subditos do pais ou subditos ou cidadãos da nação mais favorecida. Os subditos de cada uma das partes contractantes gosarão no territorio da outra de inteira liberdade de consciencia e poderão, conformando-se com as leis, ordenanças e regulamentos, entregar se ao exercicio privado ou publico do seu culto; gosarão tambem do direito de inhumar

os seus respectivos nacionaes, segundo os seus costumes religiosos, em logares convenientes e apropriados que serão estabelecidos e mantidos para este effeito. Não serão obrigados sob pretexto algum a pagar impostos ou taxas differentes ou mais elevadas que as que são ou forem impostas aos subditos do pais ou aos subditos ou cidadãos da nação mais favorecida. Os subditos de cada uma das partes contractantes, que residirem no territorio da outra, não serão obrigados a nenhum serviço militar obrigatorio quer no exercito ou marinha, quer na guarda nacional ou milicia; serão isentos de todas as contribuições impostas em vez e lugar do serviço pessoal, de todos os empréstimos forçados e de todas exações e contribuições militares ».

Como se vê, é uma extensa lista de direitos concedidos aos estrangeiros no sentido de os assimillar aos nacionaes. E o mesmo se verifica em centenas de tratados celebrados entre as potencias.

Nas nossas leis internas tambem se encontra definida e reconhecida a personalidade juridica dos estrangeiros, como se verifica dos seguintes artigos: 26.º do cod. civ.; 7.º do cod. comm.; 20.º do cod. de proc. civ.; 2.º do cod. de proc. comm., etc. Disposições identicas se encontram nas legislações de todos os povos civilizados.

Que o reconhecimento da personalidade juridica é um facto, attesta-o ainda o respeito que aos povos cultos elle tem merecido, os quaes não só supprimiram a escravatura (1) como instituição que flagrantemente o desconhecia,

(1) Vide o que fica dito a pag. 26-27.

mas tambem desenvolveram uma larga acção humanitária no sentido de reprimir a trafico dos escravos entre os Estados que ainda admittem 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 cumprirem uma serie de disposições tendentes a impedir o trafico no pais de origem dos escravos, no seu transporte por mar e por terra e nos logares de destino, e bem assim reconheceram alguns principios juridicos decididamente destinados a favorecer a libertação dos escravos dos paises cujos sentimentos moraes ainda permitem a escravatura. Esses principios são os seguintes: *a*) recusa da extradicação dum criminoso, escravo segundo a lei do pais 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 character obrigatorio dos tratados que directa ou indirectamente consagram ou facilitam o commercio de escravos.

Esta lucta constante dos Estados civilizados pela extincção da escravidão que se estendeu da metropole ás colonias, e procura ainda, embora indirectamente, exercér a sua acção sobre os Estados que mantem aquella barbara instituição, significa que a personalidade juridica é alguma coisa que se impõe á consciencia dos povos civilizados, e por tal forma que os Estados não duvidam por vezes em recorrer aos meios mais violentos, para coagir qualquer

Estado que despreze a personalidade jurídica dos seus nacionaes (1).

31 — A) Se já é um principio sancionado por todos os Estados o reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros, falta todavia determinar a medida dentro da qual se devem conceder esses direitos. Alguma coisa, porém, está já determinanada, é a concessão do *minimo* de direitos, isto é, sómente daquellas 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 extranhos — são os *direitos publicos*; outras tendentes a habilitar os individuos a praticar os actos juridicos relativos ás relações de direito privado — são os *direitos privados*.

I — Vejamos quaes os direitos publicos que são reconhecidos aos estrangeiros:

1.º) O primeiro direito que naturalmente é reconhecido aos estrangeiros é o da personalidade jurídica, que representa a aptidão geral para entrar na vida jurídica ou a afirmação da individualidade no campo do direito. Mas

(1) Vide pag. 12.

não basta só o reconhecimento deste direito para o exercício da sua actividade, são necessários ainda outros que representam o seu complemento logico, ou antes os direitos mediante os quaes a capacidade juridica pode tornar-se effectiva com segurança e efficacia pratica.

2.º) Um desses direitos é o 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, telegraphos, telephones, telegraphos sem fio, cabos submarinos, caminhos de ferro, etc., para tornar possiveis ou facilitar as mesmas relações.

Este direito é hoje reconhecido por todos os Estados que regularam por meio de União as relações internacionais de transporte e comunicação.

3.º) Um outro é o de entrar, residir e circular no pais estrangeiro, embora o Estado possa modificar este direito pela exigencia de passaportes ou atenua-lo pela expulsão ou extradicação.

Tem-se discutido se os Estados poderão prohibir absolutamente a entrada de estrangeiros no seu territorio. Alguns internacionalistas classicos, partindo do principio da soberania territorial absoluta, segundo o qual os Estados poderiam fechar as suas fronteiras aos estrangeiros, assim o entenderam. Todavia é hoje doutrina corrente que os Estados não podem prohibir absolutamente a entrada dos estrangeiros, embora possam sujeita-la a condições mais ou menos rigorosas, já para fazer uma certa selecção de emigrantes, já para desviar uma grande corrente immigratoria

que pareça perturbadora para a tranquilidade ou para a economia nacional. Assim têm procedido alguns Estados e nomeadamente os Estados Unidos da America do Norte, que por lei de 1 de outubro de 1888 prohibiu a immigração chinêsa por um periodo de 20 annos e por lei de 5 de maio de 1892 prorogou por dez annos as leis relativas á immigração e submetteu a uma regulamentação severa os chinêses residentes no territorio americano, lei que foi substituida pelo tratado com a China de 14 de março de 1894 em que foi mantida a prohibição.

Na Turquia, Roumania, Servia, Bulgaria e numa parte da Russia, como na Finlandia, é exigido ao estrangeiro a sua identificação por meio de passaporte, pratica que tende a desaparecer.

O direito de livre estabelecimento dos estrangeiros é modificado ainda pelo direito de *expulsão* e pelo direito de *extradicção*. 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 pertence o estrangeiro. A expulsão pode revestir duas formas: de *medida administrativa* para evitar perturbações de ordem local, ou como *effeito de pena*. Na maior parte dos Estados a expulsão, como medida administrativa, está confiada ao poder descrecionista do governo, mas noutros, como nos Estados Unidos do Brazil, está devidamente regulamentada. Assim no Brazil, segundo o decreto de 7 de janeiro de 1907, o minimo direito que

tem o estrangeiro é de poder reclamar perante o governo da pena de expulsão imposta pela auctoridade administrativa, e se foi imposta pelos tribunaes pode recorrer aos tribunaes superiores. Na Inglaterra até 1905 os estrangeiros tinham o *habeas corpus* podendo o governo expulsal-os do seu territorio só com a autorização do parlamento, mas desde 1905, em virtude do *alien act* ficou o governo autorizado a expulsar todo o estrangeiro que não fosse considerado *desejavel*. Pela extradicação pode o Estado entregar ao governo respectivo o estrangeiro criminoso que nelle se refugia, ou quando haja tratado ou quando na lei interna seja reconhecido o principio de extradicação ou quando o Estado estrangeiro por cortezia assim qu'ira proceder. Mas o principio de extradicação só se estende aos crimes de certa gravidade, não se verificando a respeito dos crimes leves, dos crimes politicos e dos crimes militares, havendo sempre necessidade, excepto na Inglaterra e nos Estados Unidos, de que o criminoso não seja nacional do Estado em que se encontra refugiado.

A liberdade de entrar, residir e circular no pais estrangeiro pode muitas vezes ser restringida pela obrigação de legitimarem, em termos legais e perante a autoridade competente, a sua residencia, no interesse da propria segurança e da segurança do Estado local.

4.º) De nada, porém, valeria o reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros, se a lei não lhes reconhecesse tambem a faculdade de angariar os meios da sua subsistencia pelo reconhecimento do direito de trabalho, commercio e industria, isto é, os meios de satisfazer as suas necessidades economicas.

5.º) Mas alem das necessidades economicas, no estado actual da civilização, o homem tem ainda as necessidades espirituaes, que, como as primeiras, precisam de ser satisfeitas. Dahi a necessidade do reconhecimento ao estrangeiro da liberdade do pensamento.

6.º) O estrangeiro pode ser um crente, e em tal caso deve-se reconhecer-lhe tambem a liberdade de consciencia; e, no caso de as suas crengas exigirem actos de culto, este deve lhe ser permittido, embora dentro dos limites requeridos pela necessidade da manutenção da ordem publica.

7.º) Dos direitos de residencia e de liberdade de trabalho deriva logicamente o direito á instrucção e a frequentar as escolas do pais, pois o Estado local não poderia certamente degradar os estrangeiros a ignorancia ou evitar que elles adquiram a instrucção necessaria para conseguir trabalho no estado actual da civilização. Pode o Estado ir até o ponto de crear escolas só para os estrangeiros, mas isto dá logar a reclamações e conflictos internacionaes, como succedeu com os Estados Unidos da America, que, devido ao grande numero de chinêses e japonêses frequentarem os seus estabelecimentos de ensino, crearam escolas só para estrangeiros.

8.º) Um outro direito publico que deve ser concedido aos estrangeiros é o direito de associação. A actividade individual é muitas vezes impotente para a realização de certos fins, havendo por isso necessidade de o individuo se associar a outros para os realizar. Ora desde o momento em que se reconhece aos estrangeiros o direito de exercer

o commercio, industria, emfim a actividade economica nas suas variadas formas, é logico que se lhes conceda o direito de associação, para que com a cooperação dos outros consiga o que só não o conseguiria. E, se para a realização dos fins que a associação se propõe fôr necessario que lhe seja reconhecida a personalidade, deve o Estado local conceder-lh'a. A' liberdade da associação dos estrangeiros é, porém necessario fazer uma restricção, que é a prohibicção de associações com intuitos politicos.

9.º) Admittido o principio de que o estrangeiro possa residir no pais, a consequencia logica é que lhe deve ser garantida a sua integridade individual e o seu domicilio, e como lhe é concedido o direito de trabalho, não se lhe pode negar a inviolabilidade dos bens adquiridos. Deve-se por isso, tambem reconhecer ao estrangeiro a inviolabilidade da pessoa, dos bens e do domicilio.

10.º) E como tornar effectiva esta inviolabilidade? E' por meio do direito de acção. Os estrangeiros têm por isso o direito de recorrer aos tribunaes para defender a liberdade nas suas variadas manifestações. Discute-se se a acção é um direito subjectivo publico, se é um direito privado, ou se participa tanto dum como doutro, mas nós não tratamos aqui da questão por não ser o seu lugar proprio, comtudo diremos que o consideramos como direito subjectivo publico. O direito de acção é um direito inherente á propria personalidade juridica.

11.º) Todos os direitos a que vimos referindo são direitos publicos subjectivos e derivam logicamente do reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros e

são-lhes garantidos por todas as constituições. A nossa Constituição no artigo 3.º garante aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade. Mas do facto do reconhecimento da personalidade jurídica não se pode concluir que os estrangeiros tenham direito á assistência do Estado local. O Estado moderno não poderá certamente deixar de prestar a sua assistência ao estrangeiro naufrago, alienado ou mener abandonado, mas não poderia igualmente ser obrigado a prestar em todos os casos soccorros a indigentes de Estados estranhos, pois que isso poderia ser contrario á capacidade dos seus recursos economicos e ás necessidades da assistência aos indigentes do país. Entre nós a Constituição reconhece expressamente aos estrangeiros o direito á assistência publica (art. 3.º, n.º 29).

12.º) Não se pode negar aos estrangeiros o direito de petição. Se elles têm o direito de se dirigirem ás autoridades competentes para a defêsa dos seus direitos, devem tambem ter o direito de petição, que não representa outra cousa senão o recurso ás autoridades superiores com o mesmo fim.

II — Com o reconhecimento dos direitos constitutivos da personalidade jurídica o estrangeiro possui, por assim dizer, a virtualidade necessaria para o exercicio da sua actividade jurídica. Mas, para a realisação effectiva desta virtualidade, é ainda necessário garantir-lhe efficazmente o exercicio da actividade jurídica nas relações com nacio-

naes ou com outros estrangeiros, isto é, attribuir-lhe *direitos privados*.

1.º) Um dos direitos privados que se deve attribuir ao estrangeiros é o de constituir familia. Se os estrangeiros têm o direito de associação, não se lhes pode recusar o direito de constituir familia, que é uma associação natural.

2.º) Mas não basta conceder-lhes o direito de constituir familia, é necessario tambem conceder-lhes a faculdade de adquirir, fruir e transmittir a propriedade, porque, no caso contrario, ser-lhes-ia completamente impossivel arranjar meios para se sustentarem e as respectivas familias.

Pode haver limitação a estes direitos: o estrangeiro pode ser obrigado a satisfazer as exigencias da sua lei nacional para contrahir o casamento; podem ser limitadas as suas faculdades relativamente á adquisição, fruição e transmissão da propriedade, como succede nalguns Estados, onde se exige, por exemplo, ou a residencia no pais durante certo numero de annos, ou a declaração de se tornar cidadão, ou se permite a adquisição dentro de uma certa area, dentro dum certo valor, etc. Mas nunca pode ser privado dum modo geral, do direito de constituir familia e do direito de propriedade.

a) Não havendo um principio de direito internacional que diga quaes são os direitos publicos e privados que devam ser conferidos aos estrangeiros, o Estado tem a faculdade de lhes conceder mais ou menos, contanto que estejam dentro do *limite minimo*, isto é, os indispensaveis para o livre exercicio da sua actividade em harmonia com

o estado da civilização em que vivem. Mas se as legislações não regularem especialmente a condição dos estrangeiros, deve-se presumir que os equiparam aos nacionaes relativamente á protecção das pessoas, da liberdade e da propriedade, e não na prestação da assistencia, que só excepcionalmente é concedida aos estrangeiros.

O estudo comparativo das legislações dos povos cultos mostra que ellas seguem dois systemas fundamentaes na concessão dos direitos aos estrangeiros: o de *reciprocidade* e o de *igualdade*.

O systema de reciprocidade consiste em cada Estado conceder aos subditos dos outros Estados os mesmos direitos que estes concedem aos seus. Ainda pode offerecer duas variantes—reciprocidade *diplomatica* e 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 autorizados 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 a qual o estrangeiro pertencer* », e foi depois seguida pela Belgica, pelo Luxemburgo e pela Grecia, cujas leis adoptam o principio geral de que a situação do 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, a Servia; o Monaco, a Suecia e a Suissa, onde os estrangeiros gosam dos direitos civis que o seu Estado concede aos estrangeiros dalgum desses paises.

b) O systema de egualdade entre nacionaes e estrangeiros, quanto ao gozo dos direitos civis, é seguido pelo maior numero de Estados, como Portugal, Espanha, Italia, Dinamarca, Allemanha, Russia, Hollanda, Noruega, Roumania, Inglaterra, quasi todos os Estados da America Latina, Estados Unidos da America e o Japão.

Este systema apresenta tres modalidades:

1.^a) Egualdade completa — os estrangeiros têm os mesmos direitos que os nacionaes.

2.^a) Egualdade incompleta — é o systema mais geralmente seguido pelas legislações, embora com um certo numero de variantes. Em principio admite-se a egualdade, mas algumas disposições legislativas modificam esta situação. Assim nos Estados da Republica norte-americana, ou recusam aos estrangeiros o direito de se tornarem proprietarios dos 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 Tenisse), quer a uma declaração da intenção de se tornarem cidadãos (Arkansas, Delaware, Maryland, New-York e Carolina do Sul), ou não conferem aquella capacidade senão dentro de certos limites, como

na Pensylvania, onde os estrangeiros só podem adquirir immoveis em valor inferior a 20:000 dollars e em extensão inferior a 50:000 acres. Na Russia e na Roumania a aquisição dos immoveis pelos estrangeiros só é admittida nas cidades, e na Noruega precisa de ser autorizada. Na Dinamarca são necessarios cinco annos de residencia para que os estrangeiros possam exercer o commercio ou a industria.

3.^a) Egualdade com o direito de *retorsão* — é o *systema* seguido na Allemanha, segundo o qual os estrangeiros gosam dos mesmos direitos civis que os nacionaes, mas no caso em que os Estados estrangeiros recusem aos cidadãos allemães um certo numero de direitos, pode o chanceller do Estado recusar estes mesmos direitos aos subditos dos Estados que os negam aos allemães.

Dum modo geral pode dizer se que o principio dominante neste assumpto é a egualdade, embora não seja total. E afirmar que o estrangeiro é no estado actual da civilização equiparado ao nacional, é mesmo que afirmar que elle pode contrahir obrigações ou direitos de credito, isto é, de praticar toda a ordem de contractos sujeitando-se ás consequencias que dahi derivam, contrahir direitos reaes e por consequencia o direito de propriedade quer na sua forma perfeita quer na imperfeita, constituir os onus reaes, os direitos reaes de garantia, usar o direito real de preferencia, constituir familia, testar, doar, herdar, etc., etc., isto é, em summa, afirmar que lhe são reconhecidos os direitos de credito, os direitos reaes, os direitos de familia e o direito successorio.

Destes dois systemas, é evidentemente o de egualdade o que traduz melhor as tendencias da sociedade internacional. Na verdade, no resumido estudo que fizemos sobre a evolução da condição juridica dos estrangeiros, tivemos occasião de observar que nas primeiras edades da humanidade o estrangeiro era, em regra, privado de direitos, conseguindo mais tarde conquistar alguns direitos, e finalmente com a Revolução francêsa a equiparação ao nacional. Podemos por isso afirmar que o systema dominante é o de egualdade. E, se alguns codigos, como o francês, fazem a distincção entre estrangeiros autorizados a fixar o domicilio no pais e os não autorizados, concedendo a estes ultimos os mesmos direitos que aos seus nacionaes sejam concedidos nos Estados de que os estrangeiros forem cidadãos, é com o fim de convidar os Estados a reconhecerem o systema de egualdade. No fundo a reciprocidade é a egualdade condicionada, representando um simples principio de *transição* para o systema de egualdade. Na propria França nós vemos que a jurisprudencia tem gradualmente diminuido a differença entre os estrangeiros autorizados a domiciliar e os não autorizados, reconhecendo a estes ultimos todos os direitos dos primeiros, menos o de adoptar ou ser adoptado, o de ser tutores, o de hypotheca legal e o de usufructo legal. E' que o systema de egualdade se impõe aos Estados como um acto de justiça que devem aos estrangeiros. Desde o momento em que se reconhece que estes têm direitos, seria uma flagrante injustiça medir a sua condição juridica, não pelos seus proprios criterios, mas pela vontade dos outros Es-

tados, tornando assim differente a condição dos estrangeiros de diversa nacionalidade e baseando as relações internacionaes num regimen de desconfiança contrario á fixidez de principios em que deve assentar a communidade juridica dos Estados.

B) Deverão ou poderão, porém, os Estados proseguir necessario 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 alem do qual elles não são obrigados ou não poderão passar?

A sociedade internacional compõe se de Estados independentes, com instituições politicas distinctas, que importa salvar, e com interesses proprios, que cumpre defender e por isso não pederá ser exigivel ou mesmo permitida uma equiparação entre nacionaes e estrangeiros que possa prejudicar o bom funcionamento das instituições politicas ou oppor-se aos legitimos interesses nacionaes. E' 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, visto que a influencia de estrangeiros na governação publica pode ser perigosa para a liberdade nacional.

Mas, além da limitação respeitante aos direitos politicos, outras ainda condicionam a liberdade de acção do Estado para com estrangeiros pelo respeito devido aos outros Estados. Uma consiste no modo por que o Estado deve

reconhecer a personalidade jurídica do estrangeiro. Este deve ser considerado como *pessoa estrangeira*, respeitando-se a sua *nacionalidade* e não se lhe podendo impôr 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, por isso, a naturalização deve ser sempre *voluntaria* e consentida por uma pessoa capaz, o que, se representa por um lado o seu respeito pela 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 pelas obrigações de que o mesmo estrangeiro é devedor ao seu pais na sua qualidade de cidadão. O Estado local não pode identificar o estrangeiro com os nacionaes até o ponto de desconhecer aquellas obrigações, devendo pelo contrario *facilitar*, senão *cooperar* com o Estado de *origem* no exercicio da sua autoridade sobre os seus nacionaes. E assim o praticam, effectivamente, os Estados nas suas relações, ora, e principalmente, sob uma *forma negativa*, como acontece com a interdicção ao estrangeiro 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 consaludos, pelos quaes os Estados exercem autoridade sobre

os seus nacionaes; ora mesmo sob uma *forma positiva*, como já se dá com a extradicação, que, pela multiplicidade dos tratados 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 defêsa contra o crime.

E', pois, legitimo concluir que a acção do Estado relativamente aos estrangeiros anda circumscripta entre o minimo de direitos que *devem* ser-lhes attribuidos para tornar possivel a pratica de commercio internacional entre particulares e o maximo de direitos que *podem* ser-lhes reconhecidos sem prejuizo da soberania local e das soberanias extranhas, e onde portanto deve parar a identificação entre estrangeiros e nacionaes.

32 — Como Estado de civilização europêa e como Estado que faz parte da comunidade internacional (1),

(1) Na sua evolução progressiva, apparece a humanidade sob a forma de ~~que~~ ^{grupos} por sociaes mais ou menos extensos, cujos elementos se encontram ligados por nexos naturaes ou historicos, occupam um territorio determinado e vivem sob a direcção dum governo commum.

A criação evolutiva de comunidades politicas foi continuada pela approximação progressiva dessas comunidades, até se constituir uma *sociedade dos Estados*, quando o incremento da civiliza-

reconhece Portugal aos estrangeiros uma situação jurídica semelhante a que lhes é assegurada em todos os Estados dominados pelos principios geraes daquella civilização.

ção 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 geralmente *communidade* ou *sociedade internacional*, foi um producto superior e uma das grandes revelações do genio europeu, constituindo uma realidade sociologica firmemente demonstrada pelos factos, que nós definimos—associação de Estados com organizações politicas distinctas, que têm tendencias e interesses solidarios, sujeitando-se, por isso, ás regras communs de direito reguladoras das suas relações, estabelecidas pelos tratados ou costumes.

Foi, pois, a missão social do Estado que conduziu á formação da comunidade inernacional.

A sociedade internacional abrange quasi exclusivamente os povos de *civilização europêa*, a que alguns escriptores chamam *civilização christã*, porque a sociedade moderna é o resultado da fusão da civilização classica, germanica e christã, e porque a Igreja com a sua enorme influencia produziu o type da civilização, por que fechou a Edade Media. E' que só entre os povos da civilização europêa existe a homogeneidade de concepções e de condições sociaes indispensavel ao principio de reciprocidade em que assenta a comunidade de vida internacional. As divergencias de civilização que separam estes povos dos de civilização differente, embora não tenham obstado a que entre uns e outros se estabeleçam relações mais ou menos regulares, têm-se, comtudo, opposto a que os approxime um laço de solidariedade bastante intenso para os constituir a todos em sociedade internacional. E' todavia certo que

I — No nosso país segue-se o *systema* de egualdade, sendo reconhecido aos estrangeiros quasi todos os direitos publicos e civis, de que gosam os nacionaes.

esta sociedade não está fechada aos povos de civilização não christã e que elles ali podem entrar desde que as suas condições de organização e vida social deem garantias de que os mesmos povos se sujeitam ás exigencias das sociedades 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 dizemos de modo incompleto porque ainda existe na Turquia o regimen das *capitulações*, que consiste em os estrangeiros serem julgados pelos respectivos consules segundo a sua lei nacional, regimen que não existe nos outros Estados que fazem parte da comunidade internacional e representa a desconfiança pela organização judicial turca. E em 1899 entra o Japão, mas *de modo completo*, a fazer parte da sociedade internacional, ampliando-se assim esta sociedade aos Estados não christãos. Este país que até aos meados do seculo XIX se conservava no isolamento, vivendo principalmente de suas tradições, muda de subito de orientação e procura assimilar os productos da civilização europeia: manda os seus estudantes para a Europa afim de estudarem a organização politica e social dos differentes países, e de se apropriarem dos principios da sciencia europeia, e admite nas suas assembléas politicas europeus illustrados; reorganizando-se assim rapidamente com bases europeas. Celebra tratados com as potencias para a abolição das *capitulações* e, depois da guerra russo japonésa, revela-se uma grande potencia, sendo actualmente considerada como uma das primeiras.

1.º) Aos estrangeiros é reconhecido em primeiro lugar o direito de personalidade, e portanto a condição fundamental de toda a vida jurídica. E' o que resulta immediatamente do art. 1.º do código civil, que torna a capacidade jurídica inherente a qualidade do homem, mas, no caso em que se duvidasse da applicação do art. 1.º aos estrangeiros, poderíamos prova-lo com o art. 26.º. O mesmo resulta da art. 3.º da Constituição e do art. 353 do código civil.

2.º) Mas com a capacidade jurídica reconhece o direito portuguez aos estrangeiros as faculdades que condicionam e garantem as afirmações da personalidade. Assim reconhece-lhes o direito de communicação internacional, o que se revela claramente não só no art. 3.º, n.º 23 da Constituição, onde se dispõe que « o sigillo da correspondencia é inviolavel », nos artt. 359.º, n.º 2, e 361.º do código civil (« o direito de liberdade consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes, e comprehende o pensamento a expressão e a *acção* »), mas tambem no facto de Portugal entrar nas uniões postal (1) telegraphica (2), radio-telegraphica (3), e na união para a publicação das

(1) Convenção de 26 de maio de 1906, ratificada por carta regia de 7 de setembro de 1907.

(2) Convenção de 22 de julho de 1875, ratificada por carta regia de 12 de outubro de 1875.

(3) Convenção de 3 de novembro de 1906.

tarifas aduaneiras (1), que é um meio de facilitar as relações commerciaes.

3.º) Uma outra afirmação da personalidade jurídica do estrangeiro é o reconhecimento do direito de entrar, residir e circular no pais. Mas em que condições o faz o direito portuguez? Segundo o regulamento geral da policia de 7 de abril de 1863, exigia-se aos estrangeiros que entrassem no pais o passaporte ou qualquer outro documento de identificação; o decreto de 7 de julho de 1871 veio limitar esta exigencia aos que não viessem da Europa; e finalmente a lei de 23 de abril de 1896 aboliu tal exigencia. Este assumpto é tambem regulado pela lei de 25 de abril de 1907 para a metropole, e pelo decreto de 4 de julho de 1906 para as provincias ultramarinas.

Os estrangeiros são actualmente admittidos livremente no pais 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 imponha, decretar temporariamente a exigencia de passaportes e as providencias que julgar convenientes para

(1) Convenção de 5 de julho de 1890, ratificada por carta de lei de 3 de agosto de 1891. O fim desta convenção foi a publicação das tarifas aduaneiras dos Estados que entrassem na união, para que os commerciantes conhecessem ao certo quaes os direitos de importação e exportação com que deveriam contar. Para isso creou-se uma repartição que publica um jornal dando conta das tarifas.

fiscalizar a entrada de todos os estrangeiros no pais tanto por mar como por terra, e embora taes estrangeiros devam apresentar-se á autoridade administrativa competente no prazo de quarenta e oito horas, ou de três dias nas provincias ultramarinas, quer para legitimar a sua residencia, quando a sua demora seja indeterminada ou superior a oito 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 pais e estabelecer nelle o seu domicilio. Todavia, para se domiciliarem, bem como para se demorarem ou mais de oito dias na metropole 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 autoridade diplomatica ou consular, no qual será exarado o titulo de residencia. Na impossibilidade da apresentação do certificado da nacionalidade, será o titulo de residencia passado no passaporte ou na falta deste, em documento especial abonatorio ou justificativo da residencia. Na metropole, o titulo de residencia não pode ser passado por mais de um anno, mas o passado para o quinto anno considera-se como titulo de residencia permanente. Nas provincias ultramarinas, o titulo de residencia tem o character 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. E' um principio geralmente admittido e praticado pelos Estados, embora não seja nem deva ser exercido arbitrariamente, o que poderia determinar legitimas reclamações diplomaticas, sendo entre nós expressamente reconhecido pelo art. 7.º do decreto de 4 de julho de 1906, relativamente ás provincias ultramarinas. Podem tambem ser expulsos, quando, tendo sido condemnados á multa de 5\$000 a 20\$000 réis por não terem legitimado a residencia, não o façam depois da condemnação, e ainda por virtude da condemnação por certos crimes, como no caso de vadiagem ou no caso de o estrangeiro, sem autorização 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).

Os estrangeiros que se refugiarem no territorio do Estado para se furtarem á perseguição ou á condemnação penal contra elles movida ou proferida por virtude de crimes commettidos em pais extranho, podem ser entregues ao governo interessado, quando a sua *extradicção* seja reclamada 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 extradicação 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. Portugal, a exemplo da quasi totalidade dos Estados, não concede a extradicação dos seus nacionaes, que, por este facto, não ficam impunes, mas sujeitos á jurisdicção das leis portuguezas.

4.º) O reconhecimento da personalidade juridica dos estrangeiros é ainda affirmado pelo reconhecimento da liberdade do trabalho, commercio e industria, sem o que ser-lhes ia completamente impossivel a satisfacção das suas necessidades economicas. A este respeito a nossa Constituição dispõe o seguinte: « E' garantido o direito de propriedade, salvo as limitações estabelecidas na lei. E' garantido o exercicio de todo o genero de trabalho, industria e commercio, salvo as restricções da lei por utilidade publica (art. 3.º, n.ºs 25 e 26.) ». Tambem os codigos civil e commercial reconhecem aos estrangeiros o direito de propriedade (cod. civ. artt. 359.º, n.º 4.º, 366.º, 567.º e 569.º; cod. com. art. 7.º).

Como consequencia do direito de liberdade do trabalho, podem os estrangeiros exercer em Portugal aquellas profissões que não tenham o caracter exclusivo de funcção publica, desde que estejam nas condições exigidas pela lei para o exercicio dessas profissões. Esta restricção é imposta pelo facto de o estrangeiro ser privado de direitos politicos. Podem assim exercer as profissões liberaes, como a advocacia e a medicina, desde que satisfaçam ás condições legaes.

Para o exercicio da advocacia deduz-se da Novíssima Reforma Judiciaria (art. 47.º, n.º 10.º) que é imprescindivel ser bacharel formado em direito pela Universidade de Coimbra ou ter licença passada pelo presidente da Relação respectiva. Pelo que respeita ao exercicio da medicina, a lei de 25 de abril de 1861 ordena expressameete a repetição dos exames sobre as materias do curso. A observancia desta lei foi ultimamente ordenada pelo decreto de 13 de dezembro de 1910.

5.º) A liberdade da expressã do pensamento é expressamente reconhecida aos estrangeiros pela Constituição, que dispõe « a expressã do pensamento, seja qual fôr a sua forma, é completamente livre, sem dependencia de caução, censura ou autorização previa... (art. 3.º, n.º 13.º) », pelo decreto de 28 de outubro de 1910 (art. 10.º), e pelo art. 570.º do codigo civil. Mas é-lhes prohibido ser editor do jornal, visto o art. 4.º do citado decreto de 1910 exigir expressamente para esse logar a qualidade de cidadão portugêns no goso dos seus direitos civis e politicos.

6.º) A liberdade da consciencia e culto é reconhecida aos estrangeiros pela Constituição (art. 3.º, n.ºs 4.º, 5.º, 6.º e 7.º) e pelo decreto de 20 de abril de 1911 (artt. 1.º a 15.º).

7.º) Pelo que respeita á liberdade de frequentar as escolas do pais, não podemos deixar de reconhecer este direito como consequencia logica do reconhecimento dos direitos de residencia e de trabalho. A nossa Constituição dispõe que o ensino primario elemental é obrigatorio tanto *aos nacionaes como aos estrangeiros (art. 3.º, n.º 11.º)*

II). Relativamente á frequencia das escolas secundarias e superiores nada dizem as nossas leis, mas é incontestavel que têm tambem este direito.

Aos estrangeiros é ainda reconhecido entre nós o direito de ensinar, sempre que o ensino não tenha o caracter exclusivo de serviço publico, pois neste caso não podem exercer aquelle direito, por não lhes serem concedidos os direitos politicos. Isto não quer, porém, dizer que elles não possam ser contractados pelo Estado para professores, mas apenas que não podem apresentar-se ao concurso.

8.º) O direito de associação é reconhecido aos estrangeiros pelo art. 3.º, n.º 14.º da Constituição e pelos artt. 359.º, n.º 3.º e 365.º do codigo civil. No exercicio deste direito podem os estrangeiros constituir sociedades civis e commerciaes nos mesmos termos em que o podem fazer os cidadãos portuguezes, salvo apenas as restricções que sejam expressamente estabelecidas na lei, assim como poderão constituir associações com qualquer fim conforme ás leis do pais 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.

E' 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, po'que 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 tornou semelhante faculdade dependente do direito do gozo de direitos civis, e quanto a estes direitos são os estrangeiros equiparados aos portuguezes pelo art. 26.º do código 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 dito, as associações de fins políticos.

E' de notar, porém, que algumas leis, que regulam certas formas especiaes de associações, estabelecem differença 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 cidadãos portuguezes no gozo 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 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 cidadãos portuguezes no gozo dos seus direitos civis; 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

para os nacionaes como para os estrangeiros (art. 3.º n.º de Lourenço-Marques sejam desempenhados por cidadãos portuguezes no gozo dos seus direitos; e o decreto de separação da Igreja do Estado de 20 de abril de 1911 estabelece que «os membros ou feis de uma religião só podem collectivamente contribuir para as despêsas geraes do respectivo culto por intermedio de qualquer das corporações, *exclusivamente portuguezas*, de assistencia e beneficencia... (art. 17.º)» e que «se o culto de uma religião differente da catholica não fôr compativel com as corporações a que se refere o artigo antecedente, poderá ser apropriada ou constituida pelos respectivos feis... desde que se proponha tambem um fim de assistencia e beneficencia, tenha direcção e administração *exclusivamente formada por cidadãos portuguezes*... (art. 18.º)».

9.º) O direito á assistencia publica é expressamente reconhecido aos estrangeiros pelo art. 3.º n.º 29 da Constituição.

10.º) E' tambem reconhecido aos estrangeiros o direito de inviolabilidade pessoal, de inviolabilidade do domicilio e de inviolabilidade da propriedade, pois, se se lhes concedem os direitos de existencia, de residencia e de propriedade, é evidentemente tambem em sua defêsa que o codigo penal pune os attentados á pessoa, as violações do domicilio e as lesões da propriedade, e assim o estabelece a Constituição no art. 3.º, n.ºs 15.º a 27.º, 34.º, 35.º e 37.º.

11.º) Para a defêsa dos seus direitos pode o estrangeiro recorrer aos tribunaes e excepcionalmente usar da

propria força (cod. civ. artt. 12.º, 26.º, 28.º, 29.º, 31.º e 2367.º; cod. de proc. civ. artt. 20.º e 1087.º; cod. com. art. 5.º; cod. de proc. com. art. 8.º).

12.º) Se o recurso aos tribunaes não fôr porém, sufficiente para a defêsa dos seus direitos, podem os estrangeiros usar do direito de petição, que lhes é reconhecido no art. 3.º, n.º 30.º.

II — a) 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 em que se funda aquella affirmacão 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 diz o legislador que « só os cidadãos portuguezes podem gosar 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 residam em Portugal, têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, emquanto aos actos que hão produzir effeito neste reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario, ou se existir tratado ou convenção especial, que determine e regule de outra forma os seus direitos ». Apesar, pois, da disposiçãõ do art. 17.º, estabeleceu-se como regra o principio de egualdade entre nacionaes e

extrangeiros, principio apenas limitado pelas restricções formuladas em leis ou tratados.

O mesmo principio de egualdade foi mantido pelo codigo commercial que, no art. 7.º, diz « toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que fôr civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar actos de commercio, em qualquer parte destes reinos e seus dominios, nos termos e salvo as excepções do presente codigo ».

b — 1.º) Deve, porém, dizer-se que, este principio da egualdade soffre algumas limitações, como se vê das proprias palavras « *excepto* nos casos em que a lei expressamente determine o contrario » da segunda parte do art. 26.º. Assim: os extrangeiros não podem ser testemunhas instrumentarias (cod. civ. artt. 1966.º e 2492.º), nem proprietarios de navios portuguezes (*Acto de navegação* de 8 de julho de 1863, art. 4.º).

2.º) Uma outra limitação que soffre o principio da egualdade é relativamente á concessão de terrenos no Ultramar. A lei de concessão de 9 de maio de 1901 exigia aos extrangeiros uma residencia superior a dois annos na respectiva provincia para que pudesse obter uma concessão de terrenos, mas as instrucções de 30 de outubro de 1902 (art. 5.º, § 3.º) reduziram o prazo de residencia a seis meses com a condição de os extrangeiros se sujeitarem, no referente á concessão, ás leis e tribunaes nacionaes, evitando assim reclamações diplomaticas tão frequentes nestes assumptos. O decreto de 9 de julho de 1909, que veio regular o regimen geral das concessões de terrenos

na provincia de Moçambique, estabelece que os estrangeiros podem obter concessões independentemente da residencia, sendo, porém, obrigados a declararem que se sujeitam em absoluto á legislação portugueza. O decreto de 5 de dezembro de 1910, que regula este assumpto relativamente á provincia de Timor, declara no art. 7.º que o estrangeiro que pretenda obter uma concessão de terreno, além dos documentos exigidos aos nacionaes, carecerá de juntar ao seu requerimento a declaração de que se sujeita ás leis e tribunaes portuguezes, em tudo o que se relacionar com a sua concessão, e documento comprovativo de estar domiciliado na colonia, á data em que fez o pedido.

Ha casos ainda em que o principio de egualdade está sujeito á reciprocidade, como succede com o reconhecimento da propriedade litteraria, industrial e commercial. Assim, o art. 578.º do codigo civil diz que « é equiparado aos auctores portuguezes o escriptor estrangeiro, em cujo pais o auctor portuguez fôr equiparado aos nacionaes ». A applicação deste artigo, porém, é actualmente bastante restricta em vista de Portugal ter adherido á convenção de Berne (1), de 3 de novembro de 1908, para a protecção das obras litterarias e artisticas, pelo decreto de 18 de março de 1911, de fórma que a reciprocidade só se applica aos cidadãos dos Estados não-unionistas. A lei de 21 de

(1) Esta convenção foi assignada pela Allemanha, Belgica, Dinamarca, Espanha, França, Inglaterra, Italia, Japão, Liberia, Luxemburgo, Monaco, Noruega, Saccia, Suissa e Tunis.

maio de 1896 sobre propriedade industrial e commercial; dispõe no seu art. 76.º, § unico que as marcas industriaes e commerciaes dos extrangeiros residentes fóra de Portugal serão registadas nas mesmas condições que as dos portuguezes, se as convenções diplomaticas ou a legislação interna do pais a que pertencerem ou em que tiverem estabelecimentos industriaes estabelecerem a reciprocidade para os cidadãos portuguezes. A convenção de 20 de março de 1883 (1), para a protecção do commercio e industria, ratificada por Portugal pela carta de lei de 17 de abril de 1894, estabelece que «os subditos, ou cidadãos de cada um dos Estados contractantes gosarão em todos os Estados da União no que respeita aos privilegios de invenção, aos desenhos ou modelos industriaes, ás *marcas de fabrica ou de commercio* e ao nome commercial das vantagens que as leis respectivas concedem actualmente ou concedam de futuro aos nacionaes... (art. 2.º)» e que «são equiparados aos subditos ou cidadãos dos Estados contractantes os subditos ou cidadãos dos Estados que não fazem parte da União que residirem ou tiverem estabelecimentos industriaes ou commerciaes no territorio de um

(1) Esta convenção foi assignada por Portugal, Belgica, Brazil, Espanha, França, Guatemala, Italia, Países-Baixos, Salvador, Servia e Suissa, tendo adherido a Dinamarca, Dominicana, Estados Unidos da America do Norte, Gran-Bretanha, Tunisia, Suecia, Noruega, colonias neerlandesas das Indias Orientaes, de Coração e Surinam, Nova Zelandia, Queensland e Japão. Deixaram de fazer parte da União o Salvador e a Guatemala.

dos Estados da União (art. 3.º) », de forma que o principio de reciprocidade nesta materia só se applica aos estrangeiros não domiciliados em Portugal e que façam parte da União.

III — Vimos que o *systhema* portuguez, com relação á situação juridica dos estrangeiros, equipara estes aos nacionaes quanto a direitos publicos e privados, negando-lhes os direitos politicos. Mas, comquanto a legislação portuguez consagre o principio geral da egualdade, é certo que nem por isso ella deixa de considerar os estrangeiros como *peçoas estrangeiras*, não sendo por consequencia absoluta a egualdade. E o mesmo succede em todas as outras legislações ainda mesmo naquellas em que o principio da egualdade é consignado na sua maior pureza. Em todas ellas o estrangeiro é tido como pessoa estrangeira. A differença entre nacionaes e estrangeiros encontra-se estabelecida em varios preceitos da nossa legislação. E' assim que, se lhes é reconhecida a personalidade juridica, são todavia considerados como *peçoas estrangeiras*, o que se deduz 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; além disso o direito portuguez reconhece a ligação dos estrangeiros com o seu Estado de origem, não os obrigando ao serviço militar, recebendo consules que sobre elles exerçam autoridade, e concluindo tratados de extradição para entregar ás autoridades do seu pais os delin-

quentes que pretendam furtar-se á perseguição criminal ou ao cumprimento das penas. E, fazendo assim procura certamente o nosso direito orientar-se pelo principio da coordenação da soberania nacional com a soberania dos outros Estados.

O decreto de 2 de dezembro de 1910 subordina no art. 1.º a faculdade que tem o governo do conceder cartas de naturalização a certas condições entre as quaes se encontra a de ter o estrangeiro cumprido as leis de recrutamento militar do seu pais. Desta forma verifica-se que o Estado portuguez respeita as obrigações do estrangeiro para com o seu Estado, não o admittindo a incorporar-se na sua sociedade politica sem que elle mostre ter-se desonerado dessas obrigações.

E que o estrangeiro não é completamente equiparado ao portuguez, revela-se ainda nos artt. 68.º da Constituição, 10.º e 11.º, § 1.º, da lei do recrutamento militar de 2 de março de 1911, que estabelecem que o estrangeiro não é obrigado a prestar o serviço militar, excepto quando se naturalize portuguez, pois que neste caso está obrigado áquelle serviço, desde que tenha dezasete annos ou mais, a partir do anno immediato áquelle no decurso do qual obteve a naturalização.

33 — Até aqui só temos fallado dos estrangeiros em geral, tendo procurado determinar a sua situação perante a lei portuguesa. Ha todavia alguns estrangeiros aos quaes temos de fazer especial referencia, visto que elles têm uma

situação que muito se affasta da condição juridica dos estrangeiros em geral. São os estrangeiros privilegiados. Estes têm em cada pais uma situação melhor que os outros, cabendo-lhes direitos, honras e prerogativas que aquelles não possuem.

a) Os privilegios que cabem aos estrangeiros de situação privilegiada podem classificar-se em tres grupos:

1.º) *Privilegios convencionaes* — são os que se acham estabelecidos em tratado ou *directamente*, quando no tratado se fixam taes e taes privilegios, ou *indirectamente*, quando elles são reconhecidos em tratado por clausula da *nação mais favorecida*, isto é, por clausula em que se consagra o principio de que os nacionaes dos Estados contractantes terão nos respectivos Estados os mesmos direitos que os estrangeiros da nação mais favorecida. Como exemplo de tratado desta natureza, apresentamos a convenção consular entre Portugal e a Hollanda celebrada em 1 de dezembro de 1880, onde se dispõe que «os consules geraes, consules, vice-consules, agentes consulares, alumnos-consules, de cada uma das duas altas partes contractantes gosarão reciprocamente nos territorios do outro de todos os privilegios, isenções e immunidades, de que gosam ou gosarem os agentes da mesma qualidade da *nação mais favorecida* (art. 3.º). E no art. 4.º determina-se que «quando os tribunaes dum dos dois paes tiverem de ouvir, como testemunha, um consul geral, consul, vice-consul ou agente consular da outra alta parte contractante, cidadão do Estado que o nomeou, e não exercendo nenhum com-

mercio ou industria, será convidado por escripto a apresentar-se perante elle, e, no caso de impelimento, poderá pedir-lhe o seu depoimento por escripto, ou transportar-se á sua residência ou chancellaria para obter o seu depoimento de viva voz». Este tratado fixa, pois, os privilegios dos nacionaes referidos dos respectivos Estados contratantes dum modo indirecto (art. 3.º) e directo (art. 4.º e seg.) conjunctamente.

2.º) *Privilegios legais.* A situação privilegiada dos estrangeiros pôde tambem provir da existencia de certas condições previstas pela lei local. Assim, se esta lei tornar dependente a concessão de certos direitos aos estrangeiros da condição de estes estarem autorizados a estabelecer domicilio no pais da condição de reciprocidade legislativa ou diplomatica, logo que alguma destas condições se realize em relação a determinados estrangeiros, terão estes uma situação privilegiada em face de todos os demais. E' o que pôde acontecer, por exemplo, na hypothese do art. 578.º do código civil portuguez, que equipara aos autores portuguezes os autores estrangeiros dos paises que equiparem os autores portuguezes aos nacionaes, e bem assim no caso do § unico do art. 76.º da lei de 21 de maio de 1896, que tambem torna dependente de reciprocidade o direito dos estrangeiros residentes fóra de Portugal registarem no pais as suas marcas industriaes ou commerciaes. São casos de situação privilegiada dependente da condição de reciprocidade.

3.º) *Privilegios funcçionaes.* A situação excepcional dos estrangeiros pôde ainda resultar de elles revestirem

uma determinada qualidade e desempenharem funcções a que os usos internacionaes attribuiram certas prerogativas. E' o que de modo especial se dá com os chefes de Estado, com os agentes diplomaticos e com os consules. Os privilegios funcçionaes são os mais importantes e abrangem a *inviolabilidade* e a *exterritorialidade*.

α) A inviolabilidade refere se a duas ideias : uma de conteúdo *negativo*, que consiste numa abstenção por parte do Estado, onde se encontra um estrangeiro privilegiado, da pratica de certos actos, que seriam legitimos contra os outros estrangeiros em geral. Já vimos anteriormente que todos os estrangeiros gosam do direito de inviolabilidade, mas não é a esta inviolabilidade que agora nos referimos, mas a um conjunto de prerogativas privativas dos estrangeiros privilegiados. Assim, um estrangeiro que em Portugal commette um crime, pode ser preso, processado e condemnado. Se, porém, este estrangeiro fôr um chefe de Estado ou um agente diplomatico não póde ser preso, julgado nem condemnado.

A outra ideia que se contém no conceito de inviolabilidade é uma ideia de conteúdo *positivo* e consiste em o Estado punir por uma forma especial todos os actos que possam ferir os estrangeiros privilegiados na sua liberdade, vida, honra, ou dignidade, visto que se não trata de meros particulares, mas de representantes dum Estado independente, revestindo, por isso, os crimes contra elles praticados um caracter tambem especial.

β) A exterritorialidade consiste na isenção dos estrangeiros privilegiados, para certos effeitos, das leis e jurisdicções locais.

b — 1.º) O chefe de Estado representa a nação na sua independencia e na sua soberania, perante as nações estrangeiras, e por isso, enquanto se conserva no pais, tem direito ás honras condignas com a cathegoria do Estado que representa e deve ser tratado, nas relações com os outros Estados, segundo as regras de cortesia e cerimonial que traduzam o respeito devido á sua nação, e em pais estrangeiro, além de gosar das honras devidas á dignidade e independencia do pais que representa, é isento, a certos respeitoes, das leis e autoridades locais, garantindo-lhe os usos internacionaes uma situação privilegiada que traduz a deferencia que, na pessoa dos seus chefes, cada Estado deve á soberania dos outros Estados. Quer o chefe de Estado seja heriditario ou electivo, individual ou collectivo, é elle sempre representante do Estado na sua soberania perante os outros Estados e tem direito ao respeito, honras e prerogativas condignas com a cathegoria do Estado que representa.

Mas nem sempre e em qualquer hypothese o chefe de Estado pode gosar destas prerogativas. E' preciso, para que tal succeda, que se verifiquem as seguintes condições: 1.ª) que a entrada lhe não esteja prohibida pelo Estado local; 2.ª) que o seu Estado não esteja em guerra com o Estado local; 3.ª) que não viaje incognito; 4.ª) que seja reconhecido como tal pelas autoridades do pais.

Mas, se o chefe de Estado, por effeito das immunidades de que goza, não pode ser preso nem julgado, como deve proceder um Estado, se o chefe dum outro Estado não respeitar dentro do seu territorio as leis locais? Neste caso o chefe de Estado é convidado a retirar-se do pais, e exigem-se reparações ao seu governo pela via diplomatica.

A inviolabilidade dos chefes de Estado tambem se manifesta duma forma positiva, punindo-se de modo especial os autores de offensas contra elles praticadas. E' assim que o nosso codigo penal estabelece que « aquelle que commetter por algum facto qualquer offensa contra uma *pessoa real estrangeira*, residente em Portugal... será condemnado no maximo de pena correspondente ao crime que commetteu » e que « aquelle que offender publicamente, por palavras, ou por escripto ou desenho publicado, ou por qualquer meio de publicação, qualquer *soberano* ou *chefe de nação estrangeira*, será condemnado a prisão correccional até seis meses e multa até um mês » ; o decreto de 28 de outubro de 1910, que regula o exercicio do direito de expressão do pensamento pela imprensa, tambem contem disposições especiaes para as offensas commettidas contra os chefes de Estado (artt. 10.º e 11.º), mas exige expressamente no art. 27.º que nos paises dos respectivos chefes de Estado seja, por tratado, lei ou uso, concedida a mesma inviolabilidade ao chefe de Estado portuguez, isto é, torna a applicação da lei dependente do principio de reciprocidade, e além disso estabelece que o delegado do Procurador da Republica só pode proceder desde que

haja requisição do respectivo governo ou seu representante em Portugal.

A expressão *pessoa real estrangeira* refere-se tanto aos monarchas como aos presidentes das republicas, visto hoje não se poder fazer nenhuma distincção nas relações internacionaes entre os chefes de Estado hereditarios e os electivos. Foi depois da paz de Westphalia que ficou definitivamente assente este principio (1).

(1) No tratado que poz termo á guerra dos trinta annos, tratado de Westphalia, estabeleceu-se o principio da egualdade e independencia dos Estados nas suas relações.

Este principio hoje dominante e de capital importancia foi expressamente reconhecido naquelle tratado, para contrariar o principio do Estado *universal* que desde os tempos antigos vinha orientando a acção politica dalguns Estados que, aproveitando os seus recursos materiaes e as circumstancias historicas julgaram poder realiza-lo. Foi o Imperio romano que, tendo dominado quasi universalmente o mundo antigo, realizou o principio do Estado universal, impondo-se, como *superior commum*, a todos os Estados que avassalara.

Mas, apesar da queda do do Imperio do occidente, a fascinação do poder universal ainda domina os espiritos e, bem que Roma não fosse a sede 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 dynastia 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 po-

A inviolabilidade dos chefes de Estado estende-se á sua familia por virtude do disposto no art. 159.º do cod. penal e ainda, segundo a jurisprudencia corrente, a todas as pessoas do seu sequito.

ítica universal enche toda a idade media, prevalecendo a ideia dum superior commum que predominasse na convivencia internacional editasse a lei a todo o mundo.

A historia reagiu, porém, contra a realização de semelhante tendencia, reduzindo o Imperio pela constituição de Estados, bastante 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 de um superior commum que regule ou dirija as suas relações — a soberania dum Estado particular, e emancipando da acção da Santa Sé a direcção das relações entre os Estados.

A Reforma abriu uma divergencia profunda entre as nações da Europa, impellido-a a uma luta tenaz e duradoura, 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 inovador, que proclamava a unidade 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 um accordo geral feito em condições que correspondessem á situação e ao espirito dos belligerantes. Este accordo realizou-se no congresso de Westphalia, e as conclusões ahi votadas mostram que os Estados que

2.º) Se a representação geral dum Estado, como comunidade politica independente, junto dos outros Estados cabe ao chefe de Estado, a representação especial junto de cada um delles é desempenhada pelos agentes diplomaticos.

Primitivamente a missão dos agentes diplomaticos era temporaria e só durava o tempo necessario para a realização dos negocios de que eram incumbidos, mas no fim do seculo XV desenvolve-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 junto dum governo como corpo constituido, com o nome de *corpo diplomatico*, o que representa um signal de que os Estados da Europa se convenceram de que faziam parte dum só systema politico e duma só communidade.

nelle tomaram parte procuraram desviar os obstaculos que se oppunham ao desenvolvimento duma sociedade internacional de coordenação e lançaram as bases da sua organização.

Os principios fundamentaes admittidos pelo congresso, segundo pôde inferir-se das suas resoluções, foram: a) a igualdade 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 ahí pela Santa Sé; c) e a *equiparação dos Estados monarchicos e republicanos* nas suas relações exteriores, pois que a Suissa, os Países Baixos e Venesa tratam de igual para igual com os Estados monarchicos.

A expressão — *corpo diplomatico* — é muitas vezes empregada num sentido differente, para significar o conjunto de agentes diplomaticos acreditados pelo governo dum pais junto dos outros.

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 ceremonial diplomatico. Entendeu, por isso, o congresso que devia classifica-los, o que fez no regulamento de 18 de março de 1815 do modo seguinte: 1.º) embaixadores, legados ou nuncios; 2.º) ministros e outros representantes acreditados junto do chefe de Estado; 3.º) encarregados de negocios. Esta classificação foi, em virtude de ter levantado ainda as velhas questões de precedencia, por ter equiparado os ministros plenipotenciarios aos residentes, modificada pelo congresso de Aix-la-Chapelle, no protocollo de 21 de novembro de 1818, o qual agrupou os agentes diplomaticos em quatro classes: 1.ª) embaixadores, legados ou nuncios; 2.ª) enviados extraordinarios ou ministros plenipotenciarios; 3.ª) ministros residentes; 4.ª) encarregados de negocios. Esta classificação foi accete por todos os Estados e tem conservado até hoje força de lei na sociedade internacional.

Os embaixadores são os agentes diplomaticos de 1.ª classe enviados pelos Estados. Os legados e nuncios são os agentes diplomaticos de superior cathegoria enviados pela Santa Sé. Os legados são ou *legati a latere*, escolhidos entre 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*. Tanto os embaixadores, legades e nuncios como os enviados extraordinarios, ministros plenipotenciarios e ministros residentes são acreditados junto do chefe dum Estado por carta doutro, contrariamente ao que succede com os encarregados de negocios que são acreditados pelo ministro dos negocios estrangeiros dum Estado junto do ministro dos negocios estrangeiros doutro. Mas além desta classe de encarregados de negocios ha uma outra composta de meros substitutos interinos dos agentes diplomaticos.

Como o corpo diplomatico é um corpo regularmente constituido, embora não tenha ainda uma organização juridica, tem o seu chefe, vulgarmente chamado o *decano* do corpo diplomatico, que é o agente diplomatico mais antigo da classe mais elevada. Entre nós o decano é actualmente o ministro plenipotenciario mais antigo, visto não existir nenhum embaixador.

O quadro do pessoal diplomatico portugûes em serviço nas legações compõe-se, segundo o decreto de 26 de maio de 1911, de *chefes de missão*, com a denominação de enviados extraordinarios e ministros plenipotenciarios, e de *secretarios de legação*. Os *chefes de missão* são sete de 1.^a classe e dez de 2.^a classe, sendo as legações de Madrid, Paris, Londres, Roma-Quirinal, Roma-Vaticano, Berlim e Rio de Janeiro, dirigidas pelos primeiros, e as de Bruxellas, Vienna, S. Petersburgo, Haya, Stockholmo-Copenhague-Christiania, Berne, Tanger, Pekin-Tokio, Washington,

Buenos-Ayres-Chile-Uruguay-Paraguay, dirigidas pelos ultimos.

Ha entre nós só um *encarregado de negocios*, é o agente diplomatico que dirige a legação de Mexico; e não ha embaxadores, podendo no entanto o governo, quando parecer necessario, nomea-los em missões temporarias.

A inviolabilidade dos agentes diplomaticos, qualquer que seja a sua cathegoria, é formalmente garantida nos mesmos termos em que é estabelecida para os chefes de Estado pelos artt. 159.º do codigo penal, 10.º e 11.º da actual lei de imprensa, que punem por uma forma especial os attentados contra elles praticados; é tambem garantida negativamente pelo facto de não poderem ser presos nem julgados por qualquer crime que elles pratiquem.

A inviolabilidade diplomatica começa rigorosamente com a entrega das credenciaes (1) e termina após a entrega de recredencial (2). Mas de facto a inviolabilidade começa no momento em que o agente diplomatico entra no territorio do Estado, onde vae exercer as suas funcções, e termina naquelle em que o abandona.

(1) *Cartas credenciaes* — são cartas por meio das quaes os agentes diplomaticos são acreditados junto dum governo, assim chamadas porque nellas se pede que se lhes ligue inteiro credito a tudo o que elles disserem em nome dos seus governos.

(2) *Cartas recredenciaes* — são as cartas pelas quaes os agentes diplomaticos se despedem do governo junto do qual estão acreditados.

A immuniidade de jurisdicção criminal não envolve, porém, a impunidade dos agentes diplomaticos. Ella significa simplesmente que a sua responsabilidade só pode tornar-se effectiva perante as autoridades do seu pais e que a punição merecida e as reparações a exigir se tornam uma questão de character internacional. O governo local reclama pelas vias diplomaticas o castigo e as reparações convenientes, e o Estado acreditante não pode recusar-se a proceder devidamente contra o agente delinquente, sem se tornar seu cumplice.

A inviolabilidade diplomatica abrange não só os agentes propriamente ditos e as suas familias, como o pessoal official e o não official (de libré) quando pertença ao Estado do agente diplomatico e, no caso de pertencer ao Estado local, só quando se encontra no edificio da legação, isto é, abrange tudo o que é indispensavel para que o agente diplomatico exerça desassombadamente as suas funcções.

2.º) Ao lado do chefe de Estado, que é representante geral do Estado na communiidade internacional, e dos agentes diplomaticos, que representam o seu Estado junto dum outro, ha uma outra classe de funcionarios denominados consules, que representam o Estado numa certa e determinada circunscripção—*districto consular*— para fins sociaes e economicos, como velar pelo cumprimento dos tratados de commercio e de navegação, exercer todos os actos de ordem fiscal, civil e de protecção (incluindo jurisdicções quando necessaria e permittida) relativos aos seus nacionaes, estudar a situação economica dos seus respectivos districtos, etc.

Os agentes consulares têm como os diplomaticos a sua classificação. Relativamente á qualidade e situações pessoais dos consules, classificam-se estes funcionarios em: *consules de carreira* e *consules não de carreira*.

Os *consules de carreira* são os consules escolhidos entre os nacionaes do Estado que os nomeia, retribuidos directamente por este Estado, que seguem a ordem hierarchica fixada num quadro especial e a quem é prohibido o exercicio de qualquer profissão extranha ás funcções consulares. São, pois, taes consules exclusivamente funcionarios do Estado que os nomeia, sujeitos a todas as exigencias que, em geral, as leis impõem, mas tambem gosando das vantagens que ellas concedem aos empregados publicos.

Os *consules não de carreira*, são os consules escolhidos entre os nacionaes ou estrangeiros em regra commerciantes residentes nos logares onde devem ser exercidas as funcções consulares, os quaes não são retribuidos directamente pelo Estado, percebendo apenas uma parte dos emolumentos devidos pelos actos que praticarem, não fazem parte de quadro algum de empregados publicos, podem exercer uma profissão extranha á missão consular e têm por vezes, uma competencia mais limitada que os consules de carreira.

Quanto á gradação dos postos consulares, são os funcionarios divididos em quatro classes: *consules geraes*; *consules propriamente ditos*; *vice-consules* e *agentes consulares*.

Os *consules geraes* são, em principio, os chefes directos do estabelecimento consular, isto é do conjuncto dos consu-

lados dependentes do mesmo chefe, ou do conjuncto de consulados dum Estado instituidos em qualquer pais estrangeiro. De facto, as legislações dos diversos Estados, actualmente, attribuem as funcções dos consules geraes ao respectivo agente diplomatico, de modo que o titulo de consul geral não passa duma distincção honorifica ou de um grau superior na carreira consular. Em taes circumstancias, o consul geral só terá autoridade sobre os demais consules quando fôr ao mesmo tempo encarregado de negocios, e, portanto, exercer funcções diplomaticas.

Os *consules* propriamente ditos são os chefes ordinarios dos serviços nos districtos consulares e dirigem os serviços dos vice-consules e dos agentes consulares, sendo absolutamente independentes no exercicio das funcções do seu cargo.

Os *vice consules* são funcionarios publicos que exercem funcções consulares numa determinada circumscripção sob a direcção e fiscalização dos consules.

Os *agentes consulares* são simples delegados dos consules com attribuições muito limitadas e essas mesmas exercidas sob a responsabilidade dos consules de que dependem.

A organização do *corpo consular* portuguez (1), isto é, do conjuncto de consules nomeados pelo governo portu-

(1) Esta expressão é tambem empregada muitas vezes para designar o conjuncto de consules de differentes Estados, que se encontram no mesmo logar.

guês, é regulada pelo decreto de 26 de maio de 1911, que reorganizou os serviços do ministerio dos estrangeiros. Este decreto classifica os agentes consulares em: *consules de 1.^a, 2.^a, 3.^a e 4.^a classe; vice-consules; chancelleres extraordinarios; e interpretes.*

Só os consules de 1.^a, 2.^a e 3.^a classe são consules *de carreira*; os outros agentes consulares *não são de carreira*. Os interpretes são nomeados só para algumas legações ou consulados fóra da Europa, como Shangae e Cantão.

Relativamente á inviolabilidade, os agentes consulares estão numa situação inferior á dos agentes diplomaticos. Para aquelles ha a inviolabilidade sómente no exercicio das suas funcções, excepto nos paises das *capitulações*, isto é, nos paises em que os estrangeiros não estão sujeitos á jurisdicção criminal do Estado local, mas á jurisdicção nacional, onde gosam da mesma immundade que os agentes diplomaticos.

A inviolabilidade dos agentes consulares começa após a concessão do *exequatur*, isto é, da autorização do governo local dada ao consul para que este possa exercer as suas funcções consulares, não sendo bastante a entrega da *carta patente*, pela qual os agentes consulares são investidos na sua missão.

C — 1.º) *Isenção de impostos*. Uma das primeiras manifestações da exterritorialidade constituida em beneficio dos chefes de Estado é a isenção de impostos. Enquanto os estrangeiros em geral estão sujeitos aos mesmos impostos que os nacionaes, os chefes de Estado são isentos

das contribuições publicas de caracter mais ou menos pessoal, isto é, d'aquellas que suppõem no contribuinte a qualidade de subdito, ao menos temporario, do Estado que as recebe, como acontece, por exemplo, com as capitações, bem como de direitos aduaneiros, em razão de semelhantes contribuições e direitos se considerarem contrarios á dignidade moral dum chefe de Estado e aos deveres de cortesia internacional. Todavia, os impostos que incidam sobre bens que os chefes de Estado possuam de modo permanente ou adquiram nos paises estrangeiros, como a contribuição predial relativa a predios rusticos ou urbanos e os direitos de transmissão pela aquisição de bens a titulo gratuito ou oneroso, bem como as taxas que representam uma remuneração devida ao Estado pelas despezas feitas com certos serviços de interesse geral, taes como as taxas postaes e telegraphicas, são devidas tanto pelos chefes de Estado como pelos simples particulares.

Immuniidade de jurisdicção criminal. São accordes os escriptores em declarar os chefes de Estados isentos do poder policial e da jurisdicção dos tribunaes criminaes dos paises extranhos, em que elles porventura se encontrem. Funda-se a isenção na independencia de que os chefes de Estado devem gosar como representantes das nações estrangeiras. Comtudo a independencia dum chefe de Estado em relação á policia local tem por limite a segurança publica, e, por isso, se elle abusa da hospitalidade do Estado que o recebe, praticando crimes communs ou politicos de certa gravidade, póde este Estado prohibir-lhe maior demora no pais, convida-lo a sair e até conduzi-lo á fronteira,

embora com as attenções devidas á sua cathegoria, e depois pedir, pelas vias deplomaticas, a conveniente reparação ao Estado por elle representado, rompendo todas as relações e mesmo usando de represalias, se tal reparação fôr recusada. Mas isto é o maximo que póde fazer-se, não permittindo as conveniencias internacionaes que num tribunal dum Estado seja accusado e condemnado o chefe dum outro Estado.

A isenção criminal é portanto absoluta, não podendo o chefe do Estado renuncia-la por não ser concedida em attenção á sua pessoa, mas ao Estado que representa.

Immuniidade de jurisdicção civil. Os auctores antigos sustentavam que os chefes de Estado em caso nenhum podiam ser autores ou reus perante os tribunaes estrangeiros. Este principio absoluto foi, porém, abalado pela jurisprudencia dos differentes paises e pela doutrina dos internacionalistas mais modernos, estabelecendo-se progressivamente certas distincções que foram reduzindo a termos razoaveis a isenção de jurisdicção civil.

Distinguiram-se naturalmente as acções em que um chefe de Estado fosse *autor* daquellas em que fosse *reú*.

Quanto ás primeiras, entendeu-se que nenhuma razão havia para que um chefe de Estado não pudesse demandar os seus devedores perante os tribunaes estrangeiros, reconhecendo-se a competencia destes tribunaes para receber as respectivas acções. Mas, admitida esta, logicamente se concluiu que os mesmos tribunaes eram competentes para condemnar os chefes de Estado nas custas, quando as acções por elles intentadas fossem julgadas improcedentes

e não provadas, bem como para conhecer dos pedidos que, em reconvenção, os reus contra elles deduzissem, e dos recursos a que as mesmas acções pudessem dar lugar.

Relativamente ás segundas, tornou-se a incompetencia ou competencia dos tribunais estrangeiros dependente da qualidade em que o chefe de Estado fosse demandado, estabelecendo a pratica e a doutrina que os tribunaes seriam incompetentes quando um chefe de Estado fosse demandado como representante supremo do seu país e pela pratica de actos relativos ao exercicio da soberania, e que seriam competentes quando fosse demandado como simples particular, pela pratica de actos de character privado.

A ideia de considerar incompetentes ou competentes os tribunaes estrangeiros para receber e julgar as acções intentadas contra os chefes de Estado, segundo estes forem demandados como representantes do poder supremo do seu país ou como pessoas privadas, dominou os trabalhos do Instituto de direito internacional ao estudar esta delicada questão, como se vê do *Projecto de regulamento internacional sobre a competencia dos tribunaes nos processos contra os Estados, soberanos ou chefes de Estados estrangeiros* votado na sessão de Hamburgo de 11 de setembro de 1891, onde se diz que são de receber contra um Estado ou contra um chefe de Estado estrangeiro — a) as acções reaes referentes a cousas moveis ou immoveis sitas no territorio, b) as acções fundadas na qualidade de herdeiro ou legatario do Estado ou soberano estrangeiro numa successão aberta no territorio, c) as acções para as quaes

o Estado ou o chefe de Estado aceita voluntariamente a competencia do tribunal, *d*) as acções referentes a um estabelecimento industrial ou commercial, *e*) as acções derivadas dos contractos cuja execução possa pedir-se no Estado local, e *f*) as acções de perdas e damnos nascidos dum delicto ou quasi delicto praticado no territorio, — não sendo, porém, nunca de receber as acções resultantes de *actos de soberania* (art. II). Segundo o mesmo *Projecto*, «as acções que resultem das obrigações contrahidas antes da subida ao throno ou da eleição do chefe de Estado são reguladas pelas regras ordinarias da competencia (art. III, § 2.º)».

Deve observar-se, porém, que, praticamente, os tribunaes precisam de proceder com toda a prudencia para evitar a apreciação dos actos de soberania dos chefes de Estado e para não criar difficuldades ao governo do seu pais.

A pratica dos Estados alarga aos membros da familia e ás pessoas do sequito do chefe de Estado as immuniidades a estes concedidas pelo direito internacional. Similhante pratica constitue, porém, um acto de cortesia e não uma obrigação juridica, pois taes pessoas não representam o poder soberano do seu pais e por isso não ha razão de direito para as isentar das leis e autoridades locais.

2.º) Com o estabelecimento das legações permanentes, formou-se o costume de isentar os agentes diplomaticos em muitos casos das leis e das jurisdicções locais.

Não tem, todavia, a exterritorialidade, um character

absoluto, ficando os agentes diplomaticos sujeitos, a certos respeitos, ás leis e jurisdicções locais, pelo que convem fixar devidamente o ambito de similhante garantia diplomatica.

O principio mais geral que domina o assumpto é que os agentes diplomaticos conservam o seu domicilio no pais a que pertencem e se regem, porisso, pelas leis do seu pais, sempre que pelo domicilio são determinadas as leis e as jurisdicções.

Deste principio derivam immediatamente os seguintes effeitos, no que respeita á abertura da successão dos agentes diplomaticos, á lei reguladora dos actos juridicos por elles praticados no seu interesse pessoal ou relativamente aos seu nacionaes, e á nacionalidade dos seus filhos nascidos durante o exercicio da missão: 1.º) a successão abre-se no domicilio dos ministros, não tendo as autoridades locais o direito de intervir nos actos concernentes á conservação e á attribuição da herança; 2.º) os actos juridicos praticados por agentes diplomaticos ou na sua qualidade official ou no seu interesse pessoal são validos desde que se harmonizem com as formalidades da lei do pais que representam, como seriam os actos da mesma natureza praticados no seu pais, não estando sujeitos ao principio geral de direito internacional privado que regula a forma externa dos actos juridicos — *locus regit actum*; 3.º) os filhos dos agentes diplomaticos nascidos no pais onde elles estão acreditados são considerados como nascidos no pais natal de seus paes, não se lhes impondo a nacionalidade *jure soli*. Este ultimo principio está entre nós

consignado no art. 18.º, n.º 2.º que declara que «são cidadãos portuguezes: os que nascem no reino, de pae estrangeiro, *comtanto que não resida por serviço da sua nação...*» Além destas, outras importantes isenções foram attribuidas aos agentes diplomaticos pelo direito internacional, isenções que constituem propriamente o *systema de immunitades diplomaticas* que são as seguintes:

Immunity local. Por esta immuniidade entende se a franquia da casa da legação e suas dependencias, e consiste em nenhum representante de autoridade territorialahi poder entrar ou praticar quaesquer actos sem o consentimento do agente diplomatico.

Tem, porém, a immuniidade local certos limites, determinados pelo direito de conservação do Estado local. Os agentes diplomaticos devem respeitar as leis do Estado, não podem estorvar a acção da justiça, e, porisso, se houver certeza ou legitima suspeita de que um crime foi cometido numa casa de legação ou que ahi se refugiaram criminosos, pertencendo a punição do crime ou a accusação dos criminosos ás jurisdicções territoriaes, pode a autoridade local pedir a entrega do criminoso ou criminosos e, se a entrega é recusada e a diligencia é de extrema urgencia, fica aquella autoridade com o direito de entrar na legação, procurar e prender os criminosos, devendo, comtudo, o ministerio dos negocios estrangeiros communicar immediatamente o acontecido ao governo do respectivo agente, com as explicações e justificações necessarias. Não havendo extrema urgencia, será a entrega dos criminosos pedida por vias diplomaticas e, só depois de exgo-

tado este recurso, poderá a autoridade local entrar á força na legação, sendo-lhe, comtudo, permittido mandar vigiar e guardar a legação para evitar a evasão dos criminosos.

Não possuem, pois, os agentes diplomaticos o *direito de asylar* criminosos nas suas legações, direito que aliás lhes era reconhecido no seculo XVII e ainda no seculo XVIII, quando se tinha da exterritorialidade uma concepção demasiadamente ampla e literal, mas que hoje se não comprehende, pois não é evidentemente necessario como garantia do exercicio das funcções diplomaticas e prejudica claramente o Estado local na sua necessidade de repressão penal. Esta privação de direito de asylo não obsta, porém, a que os agentes diplomaticos possam dar refugio nas suas legações e recusar-se a entregar os homens politicos que, por occasião de perturbações civis ou revoluções interiores são perseguidos pela furia popular ou pelos seus adversarios politicos, em attenção ao caracter particular dos crimes politicos.

Immundade de jurisdicção criminal. Por esta immundade os agentes diplomaticos são isentos da acção da justiça local e só podem ser processados e julgados pela justiça do seu pais.

Esta immundade é geral e absoluta. Geral, emquanto abrange todas as infracções, seja qual for a sua gravidade e natureza; absoluta, no sentido de que os agentes diplomaticos não podem renuncia-la, sendo a renuncia permittida apenas aos Estados acreditantes, já que é por interesse seu que aos seus representantes se concedem as immundades diplomaticas.

A immuniidade de jurisdicção criminal não envolve a impunidade dos agentes diplomaticos. Significa simplesmente que a sua responsabilidade só pode tornar-se efectiva perante as autoridades do seu pais e que a punição merecida e as reparações a exigir se tornem um negocio de character internacional. O governo local reclama pelas vias diplomaticas o castigo e as reparações convenientes e o Estado acreditante não pode recusar-se a proceder devidamente contra o agente delinquente, sob pena de ser considerado seu cumplice.

Os agentes diplomaticos estão tambem isentos de depôr como testémunhas perante os tribunaes locais. O maximo que poderá pedir-se-lhes será que enviem o seu depoimento por escrito ou que se prestem a depôr na casa da legação. Se elles se recusam, nenhum meio ha para os obrigar, e a recusa tornar-se ha até obrigatoria quando os respectivos governos os não autorizem a depôr.

Immuniidade de jurisdicção civil. Por esta immuniidade ficam os agentes diplomaticos isentos da jurisdicção civil do Estado local, mas não dum modo absoluto, porquanto ella só se estende aos actos que digam respeito ao exercicio da sua missão diplomatica, podendo, por consequencia, ser demandados por todos aquelles actos que, tendo um character meramente particular, não sejam condição necessaria do exercicio da funcção diplomatica. Assim, se o agente diplomatico não pagar a renda da casa em que estiver installada a legação, não pode ser chamado aos tribunaes, por se tratar dum acto necessario para o exercicio da sua missão, mas, se exercer alguma industria,

como a funcção que em tal caso desempenha nenhuma relação tem com a missão diplomática, pode ser demandado perante os tribunaes locais.

Como se vê, o principio que regula a immuniidade da jurisdicção civil dos agentes diplomaticos é differente do que regula a dos chefes de Estado. Emquanto estes estão isentos somente quanto aos actos que se refram á soberania, os primeiros estão isentos não só quanto aos actos praticados no exercicio das suas funcções, mas tambem quanto aos actos particulares que sejam indispensaveis para o exercicio das mesmas.

A immuniidade de jurisdicção civil verifica-se nas duas phases da acção judiciaria, a phase declaratoria, ou a destinada á designação do direito, e a phase executoria, ou a destinada á realização effectiva do direito já definido.

A isenção da acção judiciaria na sua phase executiva consiste na protecção dos agentes diplomaticos contra os processos de execução dos seus bens. Todavia, tambem nesta phase da acção judiciaria a immuniidade tem limitações, reduzindo-se áquelles bens que os agentes diplomaticos possuem na sua qualidade de ministros publicos e que servem para o exercicio das suas funcções diplomaticas, entrando todos os outros, isto é, os que elles possuem como simples particulares no dominio do direito commum.

A immuniidade de jurisdicção civil é completada pela dispensa de depôr em juizo, podendo apenas pedir-se pela via diplomatica e sem caracter algum coactivo, que um ministro envie informações por escripto ou preste o seu depoimento na casa da legação. A este respeito dispõe

o nosso código de processo civil no art. 266.º, n.º 2.º que « serão inquiridas nas suas residencias, as pessoas seguintes: os embaixadores, enviados e quaesquer representantes de potencias estrangeiras, observando-se o que estiver estipulado nos tratados e convenções, e na falta de tratados o principio de reciprocidade ». Esta disposição tem de se harmonizar com o principio de direito internacional que estabelece, como dissemos, que o depoimento dos agentes diplomaticos deve ser pedido pela via diplomatica.

Relativamente á citação dos agentes diplomaticos tambem se observa o que estiver estipulado nos tratados e convenções, e na sua falta o principio de reciprocidade (cod. de proc. civ. art. 184.º). Em regra a citação faz-se pela via diplomatica: o juiz dirige-se ao ministerio da justiça, para que por intermedio do ministro dos negocios estrangeiros consiga do governo do Estado, que o agente diplomatico representa, a sua citação.

Immuniidade de jurisdicção fiscal. As immuniidades a que nos temos referido são de direito internacional, por quanto são geralmente consideradas como condições indispensaveis ao exercicio da missão diplomatica. Alem destas ha ainda outras que são concedidas aos agentes diplomaticos como prerogativas de cortesia e, como taes, variam ou podem ser modificadas a arbitrio dos Estados. Estas immuniidades são a isenção de impostos e o direito de culto domestico.

Relativamente á isenção de impostos, os agentes diplomaticos são, em regra, como os chefes de Estado, isentos das contribuições cujo pagamento suppõe no con-

tribuinte a qualidade de subdito do Estado que as lança e cobra. Em virtude deste principio são elles entre nós isentos dos impostos pessoaes directos ou capitações, da contribuição industrial (Reg. de 16 de Julho de 1896, art. 5.º, n.º 1), da contribuição da renda de casas e sumptuaria (Reg. de 24 de Abril de 1902 art. 1.º, § unico, n.º 1) e dos direitos alfandegarios relativamente aos objectos destinados ao seu uso pessoal, sob condição de reciprocidade (Dec. de 14 de Outubro de 1851 e Carta de lei de 10 de maio de 1892, art. 7.º, § unico. O principio de reciprocidade não se applica só relativamente aos direitos alfandegarios, mas tambem a todas as outras contribuições de que os agentes diplomaticos não estejam isentos por lei expressa.

Direito do culto domestico. Por esta prerogativa podem os agentes diplomaticos, segundo o costume geral, praticar na casa da legação o culto da sua religião e destinar para esse fim uma capella com o pessoal necessario. A capella só pode, no emtanto, servir para o pessoal da legação e para os seus nacionaes e não poderá apresentar a forma exterior do templo, não sendo permittidas as manifestações publicas do culto, salvo com autorização local ou por virtude de usos especiaes.

Na capella da legação póde o respectivo capellão praticar todos os actos do seu ministerio, produzindo esses actos, em relação ao pessoal da legação, os effeitos que lhes forem attribuidos pela legislação do Estado representado.

Esta immuniidade não tem hoje a grande importancia

que teve nos tempos da intolerancia religiosa, em virtude de os Estados modernos se orientarem no sentido de reconhecer o principio da liberdade religiosa. Actualmente só tem importancia relativamente aos actos religiosos dos quaes proverham effeitos civis.

Os agentes diplomaticos são ainda entre nós expressamente isentos de legitimarem a sua residencia. O mesmo succede com os consules, desde que lhes seja concedido o *exequatur* (Reg. de policia de 7 de abril de 1863, art. 6.º).

3.º) As immunidades dos consules variam muito dos paises que fazem parte da communidade internacional para os paises das capitulações.

Nos Estados que ainda vivem no regimen das capitulações, gosam os consules dos mesmos privilegios que os agentes diplomaticos. Muito inferior é, porém, a sua situação nos Estados de civilização europêa e Japão, onde têm immunidades muito restrictas. E' da sua situação nestes paises que vamos tratar.

Immuniidade de jurisdicção criminal. Os consules, ao contrario do que acontece com os agentes diplomaticos, não gosam, em principio, da immuniidade de jurisdicção criminal, estando sujeitos aos tribunaes locais sempre que convencionalmente disso não sejam isentos. E' certo que, em geral, os agentes consulares gosam daquella immuniidade relativamente aos delictos de pouca gravidade ou dos delictos e contravenções, segundo o codigo penal francês, sendo-lhes esta immuniidade garantida por um grande numero de convenções. Esta immuniidade só se estende aos

consules que sejam subditos do país que os nomeia e não aos consules subditos do Estado da residencia (1).

Quando, á falta de convenção, os consules estejam sujeitos á jurisdicção local, observa-se geralmente a pratica de os não prender ou perseguir criminalmente, emquanto lhes não fôr retirado o *exequatur*, a não ser em caso de flagrante delicto, quer se trate de consules cidadãos do Estado que os nomeia, quer do Estado local. Em taes casos a perseguição criminal é muitas vezes substituida pela expulsão do territorio, relativamente aos consules cidadãos do Estado que os nomeia.

(1) Como exemplo duma convenção consular citamos a que existe entre Portugal e a Austria-Hungria, celebrada aos 9 de janeiro de 1873 e ratificada por Portugal por carta regia de 9 de junho de 1874. Nesta convenção estabelece-se o seguinte: « Os consules geraes, consules, vice-consules ou agentes consulares, bem como os seus chancelleres, gosarão nos países respectivos dos privilegios geralmente concedidos ao seu cargo, taes como isenção de alojamentos e contribuições militares, de toda a especie de contribuições directas, assim pessoaes como mobiliarias ou sumptuarias, ordinarias, exceptuando contudo os que forem subditos do país onde residirem, ou os que exercerem commercio ou alguma industria, porque, neste caso, ficarão sujeitos aos mesmos impostos, encargos e contribuições que os outros particulares. Fica entendido que as contribuições a que qualquer destes agentes possa estar sujeito em razão das propriedades immobiliarias que possuirem em Portugal ou na monarchia austro hungara, não são comprehendidas na soberedita isenção. Os consules geraes, consules, vice-consules ou

Immuniidade de jurisdicção civil. Os consules tambem não gosam, em geral, desta immuniidade, sendo principio geralmente admittido e praticado que elles estão sujeitos á acção dos tribunaes locaes quer em materia civil, quer em materia commercial, por se não considerar esta immuniidade necessaria ao exercicio das suas funcções. No emtanto, este principio é attenuado relativamente a todos os actos que elles praticam na sua qualidade official dentro da esfera da sua competencia, por serem estes actos uma manifestação publica da vontade do seu governo, e este não poder ser submittido a um poder estranho.

Numerosos tratados concedem ainda aos consules a prerogativa de não poderem ser obrigados a comparecer

agentes consulares, gosarão além disso da immuniidade pessoal, excepto, pelos factos e actos que a legislação penal do pais em que residirem qualifica de crime. Se forem negociantes, a prisão corporal lhes não poderá ser applicada senão por negocios commerciaes e não por causas civis (art. 2.º). No art. 3.º determina que os consules não podem ser obrigados a comparecer como testemunhas perante os tribunaes, devendo a justiça transportar-se ao seu domicilio quando precisar delles alguma declaração judicial, para receber de viva voz, ou delegar para esse fim um funcionario competente ou pedir-lh'a por escripto, e no art. 4.º que podem collocar por cima da porta exterior da sua casa um quadro com as armas da nação, com a respectiva legenda, e arvorar em dias solemnes a sua bandeira official na casa consular, bem como no escalet que os conduzir no porto para desempenhar as funcções do seu cargo.

como testemunhas perante os tribunaes locais, o que não quer dizer que elles não possam ser obrigados a prestar á justiça as declarações necessarias, mas que só pôde ser exigido o seu depoimento ou por escripto ou prestado no seu domicilio. O nosso codigo de processo civil determina expressamente no art. 266.º, n.º 2 que os consules sejam inquiridos na sua residencia.

Isenção de impostos. As prerogativas de que temos fallado são de direito internacional, mas além destas é ainda concedida aos consules, por cortesia, a isenção de certos impostos, que são, dum modo geral, os pessoaes e directos ou capitações, taxas sumptuarias, etc. Esta isenção, porém, não aproveita aos consules do pais de residencia ou áquelles que não o sendo exerçam alli o commercio ou industria, porque, em tal caso, são sob este ponto de vista egualados aos particulares.

Direitos honorificos — Os consules têm ainda o direito honorifico de arvorar a sua bandeira nacional na casa do consulado em dias de festas publicas, religiosas ou nacionaes, e no escaler que o transportar aos locais onde tiver de exercer a sua jurisdicção; têm ainda o direito honorifico de collocar na porta exterior do consulado o escudo de armas da sua nação com a respectiva legenda.

- 34 — Operarios estrangeiros.
 - I) Regulamentação internacional do trabalho.
 - II) Situação juridica do operario estrangeiro.
 - 35 — Operarios estrangeiros em Portugal.
 - 36 — Condição dos estrangeiros nos Estados de capitulações.
 - 37 — Condição dos individuos sem nacionalidade e dos que tem mais que uma nacionalidade:
 - a) Heimathlosen.
 - b) Duas nacionalidades.
-

34 — A situação dos operarios estrangeiros tem sido nos ultimos annos objecto de largos estudos por parte de internacionalistas e economistas, que, impressionados pela emigração operaria sempre crescente, principalmente para os paises industriaes, procuram uniformizar a legislação operaria dos diversos paises, não só no interesse dos operarios, mas tambem dos industriaes, cujos lucros seriam gravemente compromettidos por effeito de legislações diversas, que, regulamentando diversamente o trabalho quanto á sua duração, condição de salubridade das officinas, assistencia nos casos de accidentes de trabalho, etc., determinariam grandes desigualdades no custo de produção, ficando assim os paises, onde o trabalho estivesse devidamente regulamentado, vencidos na concorrência mundial.

I — Surgiu, porisso, a idéa de crear uma regulamentação internacional do trabalho, ou, quando isto não fosse possível, de os Estados estabelecerem regras seguindo uma certa e determinada orientação. Aparece assim, sobre bases de character internacional, o direito operario com a dupla função de regulamentação internacional do trabalho e determinação da situação juridica do operario estrangeiro.

Não temos tempo para indicar as etapas da legislação do trabalho, diremos apenas que Roberto Owen foi o primeiro que tratou deste assumpto, que mais tarde foi desenvolvido por outros escriptores.

Em 1881 a Suissa propõe aos outros Estados a reunião duma conferencia internacional para regulamentação do trabalho, mas não obtem resultados favoraveis. Faz nova tentativa em 1889, mas tambem sem resultado, devido a Allemanha tambem convidar as potencias a fazerem-se representar numa conferencia em Berlim, em 15 de março de 1890, para estudarem alguns problemas relativos á legislação operaria. Esta conferencia não deu resultados positivos, em virtude das divergencias existentes entre os economistas sobre a legitimidade da intervenção do Estado na vida operaria, e tambem devido ao facto de a legislação operaria estar bastante atrazada em todos os Estados.

A' iniciativa official substitue-se a iniciativa particular e em 1898 reúnem-se dois congressos, um em Zurich, outro em Bruxellas. Os resultados destes congressos não

foram de grande alcance, mas tiveram o merito de fazer convergir as attentões dos governos para a regulamentação do trabalho e preparar terreno para que em 1900, por occasião da exposição universal de Paris, se reunisse na mesma cidade um congresso, que teve como resultado a fundação da Associação Internacional para a protecção legal dos trabalhadores.

Esta Associação tem duas instituições: Officio internacional do trabalho com sêde em Basilea, encarregado de publicar os boletins; e a Assembleia geral da Associação Internacional destinada a discutir os problemas geraes do trabalho, para assim preparar e facilitar a obra dos governos. Esta Assembleia funciona de dois em dois annos e tem se reunido na Colonia, Basilea, Reims, etc.

A iniciativa particular produz resultados favoraveis, vindo atraz della a iniciativa official. E' assim que a Suissa, em 1904, convida as potencias para uma conferencia diplomatica que, tendo se reunido a 17 de maio de 1905, emite votos sobre dois projectos de convenção, um sobre o emprego de venenos na industria, outro sobre o trabalho de mulheres nas fabricas. Em 1906 reúne-se novamente a conferencia e transforma os projectos em convenções, a primeira prohibindo o emprego de phosphoro branco na industria do fabrico dos phosphoros, a segunda, assignada aos 26 de setembro de 1906, prohibindo o emprego de mulheres no trabalho industrial nocturno. Esta ultima convenção que foi assignada por 13 potencias, e entre ellas Portugal, foi ratificada entre nós por carta regia de 19 de dezembro de 1908.

As convenções de Berne de 1906 são os únicos tratados collectivos que existem sobre a regulamentação do trabalho. No Instituto internacional de agricultura também encontramos formuladas algumas regras acerca da mão d'obra na agricultura e dos seguros dos operarios.

II — A legislação operaria pode reduzir-se a tres categorias: 1.^a) regulamentação geral do trabalho no sentido de garantir os interesses da classe trabalhadora, com a determinação d'horas de trabalho, segurança dos operarios, minimo de salarios, etc.; 2.^a) resolução de conflictos do trabalho; 3.^a) previdencia operaria.

Não ha nenhuns principios de direito internacional relativos á legislação operaria, excepto os consignados nas convenções de Berne atraz citadas, havendo, porisso, necessidade de recorrer aos tratados singulares ou ás leis internas para determinação da situação juridica do operario estrangeiro.

Em todas as legislações se admite o principio de egualdade relativamente aos operarios nacionaes e estrangeiros, e não poderia mesmo comprehender-se que um pais civilizado rompesse com elementares principios de humanidade, collocando estes numa situação inferior á daquelles. Pode o Estado prohibir a mão d'obra estrangeira, pode obrigar os operarios estrangeiros ao pagamento duma taxa, mas desde que admitta os estrangeiros ao trabalho, deve protege-los como os nacionaes, no interesse da sua segurança, da hygiene e liberdade.

No que diz respeito ás instituições para a resolução

do conflicto do trabalho deve dominar o mesmo principio de egualdade, devendo os conflictos com os operarios estrangeiros ser julgados da mesma forma que os dos nacionaes.

A questão torna-se de difficil resolução relativamente ás instituições de previdencia e seguros sociaes.

Sobre a previdencia voluntaria quer ella revista a forma de economia simples, quer de mutualidade, quer de seguros a premio, não podem levantar-se duvidas, pois que devem ser egualmente facultadas a nacionaes e estrangeiros, visto que constituem o meio de prevenir necessidades futuras e de crear recursos para fazer face ás despesas inherentes á doença, velhice, invalidez, falta de trabalho, etc., situações communs aos nacionaes e estrangeiros e que em todos devem egualmente ser respeitadas para a constituição dos meios de remediar as suas consequencias.

Relativamente á previdencia obrigatoria, que se verifica todas as vezes que o Estado entenda que a previdencia voluntaria é, de facto, imprevidencia, attendendo a que a obrigatoriedade só tem como effeito tornar effectiva e certa a previdencia, deve ainda manter-se o principio de egualdade.

Mas em vez de voluntaria ou obrigatoria, pode a previdencia ser official com o fim de torna-la certa e mais solida. Tambem neste caso não ha razões para se estabelecer differença entre nacionaes e estrangeiros.

Pode, porém, succeder que o seguro social não só se torne official ou obrigatorio, mas se organize ao mesmo

tempo com prestações dos operarios, com prestação dos patrões sob a forma de contribuição patronal, e com subsidio orçamental pago pelo Estado. Terá o operario estrangeiro direito á egualdade, no que diz respeito ao auxilio da contribuição patronal e ao subsidio orçamental?

O tratado franco-italiano de 15 de abril de 1904 resolveu a questão combinando os principios de incapacidade, de reciprocidade e de egualdade pela forma mais adequada a conciliar os intereses do Estado com os direitos dos operarios estrangeiros. E assim determina que a parte da pensão correspondente ás quotas pagas pelo operario será adquirida por este integralmente (egualdade); a parte da pensão correspondente á contribuição patronal será regulada pelo principio de reciprocidade; e a parte da pensão correspondente ao subsidio orçamental será deixada á apreciação de cada Estado e paga por este aos seus *nacionaes* que tenham adquirido uma aposentação no outro pais (incapacidade).

Será justa esta doutrina? Traduzirá a justiça internacional?

Sobre a primeira parte, não ha duvida que o tratado foi justo, egualando absolutamente os estrangeiros aos nacionaes. Na segunda, o tratado parece ter considerado pela admissão do principio de reciprocidade a contribuição patronal como um favor dos industriaes, quando é certo que ella tem uma natureza inteiramente diversa, não sendo senão uma compensação á insufficiencia do salario para acudir as necessidades dos operarios na velhice e invalidez, devendo por consequencia ser concedida a nacionaes e a

extrangeiros, visto ser identica a situação de todos. Sobre as pensões derivadas do subsidio orçamental affastou-se o tratado da justiça que consagrara na primeira parte e ainda até certo ponto na segunda, facultando só aos nacionaes o aproveitarem-se dellas. O subsidio orçamental não é uma esmola ou um favor do Estado aos operarios, mas uma compensação aos beneficios, embora indirectos, que aquelles prestam á sociedade por elle representada. Este beneficio é igualmente prestado por nacionaes e extrangeiros e portanto a todos devia ser concedida igualmente a pensão orçamental.

A egualdade entre o operario nacional e o extrangeiro, que por certo será a solução futura do problema, foi já admittida pela Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores no congresso de Basilea de 1904, onde foi votada a seguinte resolução: « Quanto aos direitos garantidos aos operarios e aos seus representantes pelas leis de seguros e responsabilidade profissionaes, não deve estabelecer-se differença alguma entre os beneficiarios em razão da sua nacionalidade, do seu domicilio e da sua residencia. E' applicavel a lei do logar da empresa por conta da qual trabalha o operario ».

Alem do tratado franco-italiano de 15 de abril de 1904, ha outros tratados singulares que tambem regulam a situação juridica dos operarios extrangeiros. São os tratados: franco-luxemburguês de 15 de abril de 1905; germano-luxemburguês de 2 de setembro de 1905; franco-belga de 21 de fevereiro de de 1906; germano-belga de 22 de

fevereiro de 1906; germano-hollandês de 27. de junho de 1906; e franco-britânico de 1909.

Ao lado destes tratados, que podemos classificar como sendo *tratados de trabalhos*, onde a situação do operário é encarada como um fim directo, apparecem outros intitulados *tratados de commercio*, que, embora realizados com o fim directo de proteger as classes industriaes, encerram, comtudo, alguns principios no sentido de concederem aos operarios estrangeiros vantagens quanto possivel equivalentes áquellas que sejam concedidas aos seus nacionaes nos paises daquelles. Estes tratados são os seguintes: italo-suisso de 13 de julho de 1904; italo-allemao de 3 de dezembro de 1904; e austro-allemao de 19 de janeiro de 1905.

Ambas estas cathogorias de tratados assentam em grande parte sobre o principio de reciprocidade a concessão aos operarios estrangeiros de garantias eguaes ou equivalentes aos operarios nacionaes relativamente aos accidentes de trabalho ou seguros operarios, o que representa já um progresso, visto que a reciprocidade será, de certo, um meio de se conseguir num futuro mais ou menos proximo o principio de egualdade, representando assim um meio de transição para este systema.

As legislações internas dos paises industriaes, quanto á determinação da situação juridica dos operarios, podem classificar-se em dois grupos, segundo o criterio de egualdade ou reciprocidade por ellas seguido.

As legislações dalguns paises, como a Inglaterra, a Italia, a Espanha, a Russia e a Belgica, adoptaram o

principio de egualdade completa, assimilando absolutamente os operarios nacionaes aos estrangeiros, por forma que, quando uns ou outros sejam victimas dos accidentes de trabalho, têm elles ou as suas familias direito ás indemnizações previstas na lei sem distincção de nacionalidade. Na Austria, Dinamarca, Noruega, Grecia e Finlandia, consignou-se tambem o principio de egualdade, mas modificado ou antes condicionado pela circumstancia de o beneficiario da indemnização residir no pais em que trabalhava e delle não sahir após o accidente.

Ao grupo de legislações que adoptaram o principio de reciprocidade, pertencem a allemã, a francêsa, a hollandêsa, a sueca e a luxemburguêsa.

Pela analyse dos tratados, e das leis internas dos diversos paises podemos affirmar com segurança que a tendencia geral da legislação operaria é no sentido de estabelecer a perfeita egualdade entre nacionaes e estrangeiros, tendo-se as legislações servido do principio de reciprocidade de que a diplomacia habilmente lançou mão, para por elle realizar, vencidas todas as difficuldades provenientes da diversidade de legislações, a egualdade.

35 — Conhecidas as tendencias doutrinaes e os principios consignados nos tratados singulares, vejamos agora a condição do operario estrangeiro em Portugal. Esta condição só pode determinar-se em face das leis internas, visto Portugal não ter realizado nenhum tratado singular com as outras potencias sobre este assumpto,

tendo-se apenas limitado a assignar e ratificar a convenção de Berlim, de 26 de setembro de 1906, sobre a prohibição do emprego de mulheres no trabalho industrial nocturno. A legislação portugueza é sobre este assumpto muito pobre, no entanto alguma coisa se tem feito e é de esperar que muito mais se faça, de modo a colloca-la num plano igual ao das legislações estrangeiras.

Os operarios estrangeiros podem entrar livremente em Portugal, não havendo medidas de protecção ao trabalho nacional, como succede em alguns paises onde lhes são lançadas taxas ou lhes é restringida a admissão, podendo porisso trabalhar no pais em condições de perfeita egualdade ás dos nacionaes.

As leis referentes á regulamentação administrativa do trabalho, comquanto poucas, consignam tambem o principio de egualdade entre nacionaes e estrangeiros.

Assim, o decreto de 14 de abril de 1891, que regula o trabalho dos menores e das mulheres nos estabelecimentos industriaes, determina no art. 1.º que as suas disposições são applicaveis aos menores de *qualquer nacionalidade* que trabalhem naquelles estabelecimentos. E no mesmo principio, sem duvida, se inspiraram os decretos de 6 de junho de 1895 e de 20 de outubro de 1898, relativos á hygiene e segurança nas construcções civis, os quaes representam o desenvolvimento e regulamentação das disposições do citado decreto de 1891.

O decreto de 9 de março de 1893 e o regulamento de 25 de março do mesmo anno, que regulam as *bolsas de trabalho*, mantêm o mesmo principio de egualdade, por

quanto, referindo-se genericamente aos operarios e sendo os operarios estrangeiros admittidos ao trabalho, devem, por consequencia, estes ser incluídos na designação generica.

O meio de organizar as relações entre os operarios e patrões — *contracto de trabalho* — quer ellas se estabeleçam por meio das bolsas de trabalho, quer directamente, é egual para os nacionaes e estrangeiros, em virtude do exposto no codigo civil (art. 1391.º e seg. comp. com o art. 26.º), quando não deva fazer-se a applicação das leis estrangeiras em harmonia com os principios de direito internacional privado.

A situação de egualdade entre os operarios nacionaes e os estrangeiros mantem-se ainda relativamente á indemnização por accidentes de trabalho. O direito á indemnização pelos accidentes do trabalho, que está estabelecido no art. 2398.º do codigo civil, applica-se egualmente aos estrangeiros por força do art. 26.º do mesmo codigo. A doutrina do art. 2398.º é, porem, muito antiquada, pois consagra a theoria da *culpa aquiliana*, segundo a qual o empresario é responsavel pelos accidentes que occorrerem por sua culpa ou de seus agentes, e o damno causado proceda de actos contrarios aos regulamentos geraes ou particulares de determinadas obras, industrias, trabalhos ou empresas, ou proceda da ommissão de actos exigidos pelos mesmos regulamentos. Desta forma o operario difficilmente e pouquissimas vezes pode obter a indemnização pelo accidente do trabalho.

E' de esperar que em breve a theoria da culpa aqui-

liana seja posta de parte, em vista do projecto apresentado ao parlamento pelo Sr. Estevão de Vasconcellos, actual ministro do fomento, sobre accidentes de trabalho, que estabelece o principio de que os operarios têm direito á indemnização pelos accidentes, excepto quando se prove que o accidente foi motivado por culpa sua. Segundo este projecto, os estrangeiros ficam numa situação superior á dos nacionaes, visto se estabelecer que os portuguezes perdem o direito á indemnização quando não residam no pais, e que os estrangeiros receberão duma só vez o triplo da pensão annual quando se retirem do pais.

E' tambem igual a situação entre os operarios nacionaes e estrangeiros quanto á fórma de resolução dos conflictos do trabalho pelos tribunaes de arbitros avindores (lei de 14 de agosto de 1889, e dec. de 19 de março de 1891) e quanto ás associações de classe, embora com a restricção de que logo trataremos (dec. de 9 de maio de 1891).

Os operarios estrangeiros podem tambem fazer parte de associações de socorros mutuos, quer estas sejam creadas directamente pelos interessados, quer pelas associações de classe, pois que a lei nenhuma restricção estabelece a seu respeito (dec. de 2 de outubro de 1896).

Mas além das instituções de previdencia de character particular ha entre nós instituções de character official, como a *Caixa economica portugueza*, regulada pelas leis de 26 de abril de 1880, de 15 de julho de 1885, de 21 de maio de 1896 e pelo decreto de 26 de setembro de 1909 regulamentado pelo decreto de 9 de dezembro do mesmo anno,

onde *qualquer individuo* maior e no gozo dos seus direitos civis pode fazer voluntariamente pequenos depositos.

A modificação das condições de trabalho pôde ser adquirida ou pacificamente ou violentamente por meio da greve. Quanto á primeira forma é incontestavel que o operario estrangeiro tem direito a ella; quanto á ultima, desde o momento em que o decreto de 6 de dezembro de 1910, que regula o direito á greve, não faz nenhuma restricção relativamente aos estrangeiros, pois que concede esse direito aos operarios dum modo geral, tambem não lh'o podemos negar, ficando assim ainla mais uma vez equiparado ao nacional.

Mas, se a egualdade é o principio dominante na nossa legislação relativamente á condição dos operarios estrangeiros, ha, todavia, alguns casos em que estes se encontram numa condição inferior. E' o que succede com os corpos gerentes ou com a mēsa das associações de classe que na metropole só podem ser formados por cidadãos portuguezes no gozo dos seus direitos civis (dec. de 9 de maio de 1891, art. 7, § unico), devendo no ultramar ser constituídos por dois terços, pelo menos, de cidadãos portuguezes (dec. de 10 de outubro de 1901, art. 7.º, § unico).

A inferioridade dos operarios estrangeiros manifesta-se ainda nas aposentações. A aposentação operaria pode ser estabelecida para os operarios dos estabelecimentos fabris do Estado ou para os operarios que trabalhem por conta de particulares. A aposentação dos primeiros está regulada pelo decreto de 17 de julho de 1886; a dos ultimos pela lei de 21 de maio de 1896 e pelo decreto de 29 de

agosto de 1907 regulamentado pelo decreto de 19 de dezembro do mesmo anno.

O decreto de 1886 concede sem restricções o direito á reforma aos operarios dos estabelecimentos fabris do Estado onde os operarios estrangeiros podem ser admittidos a trabalhar. Mas, de facto, nos quadros de operarios destes estabelecimentos não têm sido admittidos senão operarios portuguezes. Os operarios estrangeiros têm ahí sido admittidos apenas temporariamente e por contractos especiaes, e portanto sem direito á aposentação.

A lei de 1896 (art. 29.^o) e o decreto de 1907 (art. 2.^o) excluem expressamente os operarios estrangeiros, exigindo a qualidade de cidadão portuguez como uma das condições da inscripção como pensionista da caixa de aposentação para operarios.

36 — A condição dos estrangeiros nos Estados christãos ou de civilização europêa é regulada por principios muito diversos dos applicados nos Estados não christãos, excepto no Japão, que desde 1899 faz parte de modo completo da communidade internacional.

Nos Estados que participam integralmente da communidade internacional (1), o principio fundamental informa-

(1) A Turquia participa da communidade internacional, mas de modo incompleto.

dor dessa condição é a *assimilação* entre nacionaes e estrangeiros num grau *indispensavel* a pratica do commercio internacional de ordem privada, ao passo que nos Estados que estão fóra daquella communiidade o principio geral é a *separação* entre indigenas e estrangeiros no sentido de estes conservarem uma situação juridica semelhante á que teriam no seu pais, de conservarem os mesmos direitos que ahi poderiam exercer, de estarem sujeitos ás leis e autoridades nacionaes e de gosarem dum privilegio de *exterritorialidade* pela applicação do principio da personalidade das leis e das jurisdicções, gosando assim em relação aos nacionaes do Estado local duma situação privilegiada, que é regulada e garantida pelo *regimen das capitulações*.

Este regimen tem o duplo destino de assegurar aos immigrados dos Estados que participam integralmente da communidade internacional o gozo de direitos reconhecidos pela legislação nacional, como a liberdade pessoal e com ella a liberdade de residir e de circular, a liberdade religiosa, a liberdade do commercio, e a inviolabilidade do domicilio, e de os isentar das leis e jurisdicções locais, para tornar applicaveis as leis nacionaes e dar competencia ás jurisdicções do seu pais.

O regimen das capitulações é, pois, um regimen juridico de *concessão* aos estrangeiros dos direitos publicos 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.

E' aos agentes diplomaticos e aos consules que está confiada a defêsa das regalias dos estrangeiros consignadas nas capitulações e são os tribunaes consulares que em geral administram a justiça aos estrangeiros, embora em alguns casos com restricções em favor das justiças locais e em alguns países em concorrência com jurisdicções mixtas.

O regimen das capitulações teve a sua origem nas concessões feitas pelos chefes locais aos commerciantes christãos estabelecidos nas feitorias do Levante. Estas feitorias, que tiveram a sua origem nas Cruzadas do Oriente, facilitaram a aproximação dos commerciantes do Occidente dos países do Oriente, pondo assim em contacto os europeus com povos de civilização differente. Mas, como a organização juridica dos países do Oriente tinha por base a sua organização religiosa, não era permitido que os estrangeiros, que não professassem a religião mussulmana, fossem admittidos a participar da sua communidade juridica, ficando, porisso, os commerciantes christãos sem garantias.

Para evitar esta situação vexatoria, aggravada pela animadversão natural aos christãos e ainda pelas poucas garantias que a organização politica local lhes offerecia, os Estados civilizados procuraram os meios necessarios para a protecção juridica dos seus nacionaes, o que não foi difficil, visto que havia interesse em que estes alli se estabelecessem por causa das vantagens economicas que

dahi resultavam, e conseguiram que os seus nacionaes fossem isentos da jurisdicção local (1).

As concessões feitas pelos chefes locais aos estrangeiros foram mais tarde convertidas em tratados, sendo conhecidos por *capitulações* os celebrados com a Sublime Porta, ou constituíram-se em costumes hoje fortemente estabelecidos. O primeiro tratado celebrado foi entre a França e a Turquia em 1534, reformado em 1740. Os outros Estados, seguindo o exemplo da França, celebra-

(1) Foi nas *Escalas* do Levante que nasceu a instituição consular. Os commerciantes europeus, tendo conseguido dos chefes locais a isenção das jurisdicções territoriaes, começaram a *eleger consules*, que fossem os dirigentes da colonia e os juizes do seu pleito, imitando a pratica seguida nas cidades do sul da Europa de os commerciantes elegerem magistrados especiaes chamados *consules* encarregados da policia dos mercados e do julgamento dos litigios entre negociantes.

Estes *consules* chamavam-se *electi*, denominação que hoje se dá, embora impropriamente, aos *consules não de carreira*, e dizem impropriamente, visto estes serem actualmente nomeados pelo governo do Estado cujos interesses defendem.

No seculo XVI operou-se na organização da instituição consular uma transformação importante determinada pelas tendencias dos Estados europeus para a centralização de todos os poderes. Os consules em vez de eleitos passaram a ser nomeados e enviados pelo governo do Estado de origem, dando-se-lhes, porisso, o nome de *consules missi*, por que actualmente são tambem conhecidos os *consules de carreira*.

ram também tratados com os países de civilização não christã com o mesmo fim.

A observação dos factos mostra-nos que o regimen das capitulações tende a desaparecer, desempenhando a jurisdicção consular uma missão de natureza temporaria. A medida que os Estados inferiores avançam no caminho da civilização ou são conquistados por Estados civilizados, as capitulações vão sendo eliminadas, como se verificou com a Roumania, Bulgaria, Servia, Japão, Sião (parcialmente), com a Bosnia e Herzegovina (depois da annexação á Austria), com a ilha do Chypre (por estar desde 1878 sob a administração da Inglaterra), com a Tunisia (protectorado da França), com Zanzibar (protectorado inglês), com a Argelia (colonia franceza), e com a Corêa (desde a sua annexação ao Japão). No Egypto foi o regimen das capitulações modificado pela creação de *tribunaes mixtos*, em virtude dos abusos a que deram logar. Os tribunaes mixtos constituídos por juizes estrangeiros e nacionaes nomeados pelo governo egypcio por indicação dos governos estrangeiros começaram a funcionar em 15 de fevereiro de 1876.

Hoje as capitulações estão ainda em vigor na Turquia, na China, na Persia, numa parte de Sião, em Marrocós, Sudão, Tripolitana, etc. E' de prever que em breve este regimen seja abolido deste ultimo pais em virtude da tentativa que a Italia está fazendo para o conquistar.

nacionalidade nos habilitava a determinar a situação dos individuos relativamente aos direitos e obrigações que lhes são reconhecidos, o que é de capital importancia, visto que é diversa a condição dos nacionaes da dos estrangeiros, e até entre os estrangeiros póde haver situações diversas, como se dará no caso de o Estado onde residirem admittir na sua legislação o principio de reciprocidade ou de ter realizado tratados em que a certos estrangeiros são reconhecidos direitos, que á generalidade dos estrangeiros se não concedem. Mas como determinar a condição juridica dos individuos que não têm nacionalidade, dos *heimathlosen*, e a daquelles que têm mais que uma?

a) Num ponto de vista rigoroso os *heimathlosen*, sendo individuos sem patria, não podem ser considerados nem como nacionaes nem como estrangeiros, e por este facto deviam ficar fóra da protecção juridica que o Estado concede a todos aquelles que temporaria ou permanentemente fazem parte do seu organismo politico. A sua qualidade de homens, porém, é fundamento bastante para que lhes seja assegurada no Estado em que se encontram uma situação juridica, sendo-lhes reconhecidos pelas leis desse Estado os direitos publicos e privados necessarios ao desenvolvimento da sua personalidade, isto é, attribue-se-lhes a nacionalidade de facto do Estado local, quanto ao gozo e exercicio dos mesmos direitos.

Deve notar-se que o individuo só pode considerar-se *heimathlos* ou quando nunca tenha tido nacionalidade ou quando esta não possa determinar-se, visto que se elle já

tiver tido uma nacionalidade, embora a tenha perdido, considera-se como cidadão desse Estado para o effeito de se lhe reconhecerem direitos eguaes aos dos nacionaes desse Estado. Isto, bem entendido, fóra de tal Estado, pois lá obsta a similhante solução o character de ordem publica das leis attribuitivas da nacionalidade.

b) A hypothese de uma dupla nacionalidade deve considerar-se sob o ponto de vista dos direitos politicos e sob o ponto de vista de direitos publicos e privados.

O primeiro ponto de vista interessa simplesmente aos Estados de que o individuo seja cumulativamente cidadão, em vista de ao estrangeiro se recusar o gozo de direitos politicos. Em cada um desses Estados terá elle o gozo dos direitos de cidadão e supportará os encargos correspondentes, como o serviço militar. Mas, como não pode desempenhar-se cumulativamente desses encargos, a sua condição dependerá então do pais 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 devrses de cidadão dum ou doutro Estado, e o collocará numa situação irreductivel e contraria á regularisade das relações internacionaes. E' uma situação incomprehensivel que põe em evidencia a necessidade da unidade de nacionalidade como condição de regularidade das relações internacionaes, que os Estados deveriam evitar pela approximação das suas legislações sobre a attribuição da nacionalidade.

Relativamente aos direitos publicos e privados, o pro-

blema interessa a todos os Estados, mas nem em todos a situação será igual. Em qualquer dos Estados de que seja nacional, terá naturalmente os direitos publicos e privados attribuidos a todos os cidadãos e estará sujeito a leis geraes que regulam as relações juridicas 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 considerar nacional, e a nacionalidade deverá fixar-se em harmonia com os criterios que já indicámos (1).

(1) Vide pag. 102 e seg.

SECÇÃO II

Pessoas collectivas

38 — Problema do reconhecimento internacional das pessoas collectivas.

a) Systemas :

1.º) Systema do reconhecimento com autorização;

2.º) Systema do reconhecimento sem autorização.

39 — Classificação das pessoas collectivas.

40 — Nacionalidade das pessoas collectivas:

a) Systema português acerca da nacionalidade das sociedades commerciaes.

41 — Reconhecimento das pessoas collectivas estrangeiras.

42 — Capacidade das pessas collectivas estrangeiras.

43 — Pessoas collectivas internacionaes:

a) Igreja catholica;

b) Uniões internacionaes administrativas;

c) Sociedades internacionaes de individuos.

38 — Por toda a parte apparecem associações como meio de auxiliar o desenvolvimento ou de supprir as insuf-

ficiencias do poder dos individuos e por toda a parte o direito dos povos reconhece as *peessoas collectivas* como meio de garantir eficazmente a expansão do principio associativo. E porque a internacionalização de toda a vida moderna determinou a expansão internacional da actividade das associações, nasceu naturalmente o problema de reconhecimento internacional das *peessoas collectivas*.

Assim, a viação electrica em Lisboa é explorada por uma companhia inglesa, quasi todas as companhias de seguros entre nós existentes são estrangeiras. Qual a situação destas companhias em Portugal? Uma *peessoa collectiva* poderá exercer a sua actividade fóra do Estado em que se constitue e vive? E no caso affirmativo, em que condições? As mais vivas controversias se têm levantado relativamente a este assumpto, não tendo ainda podido chegar a accordo nem a doutrina nem as legislações, contrariamente ao reconhecimento da individualidade juridica das *peessoas phisicas*, que tem obtido a consagração dum principio incontestado.

a) Dois systemas, com effeito, dividem os internacionalistas e os legisladores acerca da existencia das *peessoas collectivas* estrangeiras: o systema do reconhecimento *com aulorização* e o systema do reconhecimento *sem aulorização*.

1.º) O primeiro systema restringe a vida juridica das *peessoas collectivas* ao Estado em que ellas se constituem, podendo, porem, exercer os seus direitos fóra do

Estado de origem mediante autorização do Estado local. Este systema fundamenta-se nas seguintes razões :

α) A pessoa collectiva é uma ficção, um artificio do legislador, não tendo existencia propria senão dentro dos limites da lei da sua criação, devendo, porisso, acabar os seus direitos onde terminar o imperio dessa lei.

β) A personalidade juridica collectiva é um privilegio, uma concessão, e porisso é de character restricto e limitado e só legitima perante o poder concedente.

μ) A lei que cria uma pessoa collectiva propõe-se realizar um interesse social e portanto é uma lei de ordem publica e interesse social. Como, porém, o legislador é, em cada pais, o juiz unico para apreciar a utilidade e a legitimidade das corporações e como esta apreciação é variavel de pais para pais segundo a sua condição intellectual, moral e economica, podendo assim um estabelecimento ser util num pais e prejudicial noutro, a admissão das pessoas collectivas em pais estrangeiro sem necessidade da autorização pode ser contraria aos principios sancionados pelas leis deste pais.

δ) As associações estrangeiras podem constituir um perigo para a segurança do Estado, quando exerçam a sua actividade dentro do territorio, devendo, porisso, o Estado precaver-se contra elle.

2.º) Estas razões não tiveram, todavia, o valor necessario para que o systema da autorização dominasse o pensamento scientifico sobre este importante assumpto. Appareceu, porisso, o systema do reconhecimento *sem autori-*

zação, que admitte a existencia legal das pessoas collectivas estrangeiras independentemente de qualquer autorização do Estado local, systema que vae triumphando progressivamente na doutrina e na jurisprudencia.

Na verdade, é facil verificar que os fundamentos do primeiro systema eram demais fracos para poderem dominar a doutrina e a jurisprudencia. Os dois primeiros argumentos representam hoje um anachronismo scientifico. A associação é um facto natural e uma impreterivel necessidade das sociedades progressivas, e, porisso, a personalidade civil das associações constitue a forma juridica duma criação natural e não uma arbitraria concessão do legislador. O reconhecimento juridico da associação, em vez dum privilegio, representa a regularização e a sancção dum facto necessario á realização dos fins para que é impotente a acção isolada dos individuos, visto que a associação é uma realidade e não uma ficção. E, vista assim a associação e a sua personalidade, não ha motivo de ordem scientifica para recusar ao homem associado o que se lhe concede quando isolado. A associação é o complemento natural do individuo e, porisso, o reconhecimento internacional das pessoas collectivas é a consequencia logica do reconhecimento da personalidade individual.

A razão baseada no interesse social representa um exaggero e uma confusão. O exaggero está em se affirmar que o Estado, ao regular a organização das pessoas collectivas, tem sempre em vista o interesse publico, quando é certo que a personalidade collectiva se concede muitas vezes a entidades de mero interesse particular,

como são as sociedades commerciaes. A confusão vem de não se distinguir, quanto ás pessoas collectivas de character publico, unicas que organizam um interesse verdadeiramente social, entre a sua *missão social* (administração publica, beneficencia, ensino, etc.) e a sua individualidade juridica de puro *direito privado* para a aquisição e exercicio de direitos patrimoniaes, individualidade que é concomitante, mas diferenciada da função publica que essas pessoas exercem. A função publica é de sua natureza *territorial*, não podendo ser exercida fóra do Estado onde as pessoas collectivas estão constituidas e exercem a sua actividade social, mas a sua actividade patrimonial pode evidentemente ser exterritorial sem prejuizo dos interesses doutros Estados.

Relativamente ao perigo da admissão das pessoas collectivas estrangeiras, não pode negar-se que muitas vezes o perigo possa ser real. Deve notar-se, porém, que ninguem contesta ao Estado o direito de reduzir a proporções inoffensivas a acção de semelhantes entidades, como o pode fazer em relação ás pessoas collectivas nacionaes, de que que aliás podem derivar perigos eguaes, sem que porisso ninguem se tenha lembrado de impugnar a existencia de pessoas collectivas nacionaes. E' assim que entre nós ás sociedades bancarias, as companhias de seguros, etc., não se podem constituir sem a autorização do governo. Que perigo poderá haver em que uma pessoa collectiva estrangeira compre, por exemplo, cereaes em Portugal? Para afastar o perigo possivel das pessoas collectivas estrangeiras não se deve estorvar a vida interancional numa

das suas manifestações mais importantes. A liberdade deve ser a regra e a autorização excepção.

39 — Estudado o problema do reconhecimento internacional das pessoas collectivas sob o ponto de vista doutrinal, vejamos agora o que diz a este respeito o direito internacional. E como este direito não é uniforme, precisamos primeiramente fazer a classificação das pessoas collectivas, e em seguida, visto que se trata do problema do reconhecimento internacional das mesmas, determinar a sua nacionalidade.

As pessoas collectivas podem ser de *direito publico* e de *direito privado*. As primeiras são o Estado, as autarchias locais e os institutos publicos dotados de personalidade; as ultimas subdividem-se em pessoas collectivas de direito privado e utilidade publica e pessoas collectivas de direito privado e utilidade privada. São exemplo da primeira subdivisão os estabelecimentos de utilidade publica, as associações de interesses ideaes, as associações de interesses economicos duma classe, as associações de previdencia, etc., que, segundo o art. 32.º do nosso codigo civil, são chamadas *pessoas maraes*; e da segunda as sociedades commerciaes.

40 — Vejamos agora qual a nacionalidade das pessoas collectivas. Este problema não pode ventilar-se relativamente aos Estados, nem exige certamente esclareci-

mentos relativamente ás autarchias locais, que têm a nacionalidade do Estado de cuja organização administrativa fazem parte, nem relativamente aos institutos publicos personalizados, que têm a nacionalidade do Estado que os criou. As pessoas collectivas de direito privado e utilidade publica, como derivam a sua existencia legal da autorização expressa ou tacita do Estado onde se propõem exercer a sua missão social, têm a nacionalidade do pais onde se constituem. Mas se é facil determinar a nacionalidade das pessoas collectivas mencionadas, o mesmo não succede com as pessoas collectivas de direito privado e utilidade ^{privada} publica, isto é, com as sociedades commerciaes.

Relativamente á determinação da nacionalidade das sociedades commerciaes, têm sido apresentados 6 systemas.

1.º) *Systema de autorização.* As sociedades teriam, segundo este systema, a nacionalidade do Estado que autorizasse a sua existencia no momento da sua formação.

2.º) *Systema do logar da constituição.* As sociedades deveriam ter, em harmonia com este systema, a nacionalidade do Estado em cujo territorio fosse celebrado o acto da sua constituição.

3.º) *Systema da nacionalidade dos socios,* segundo o qual a sociedade teria a nacionalidade dos seus socios.

4.º) *Systema do pais da subscrição.* As sociedades deveriam ter, segundo este systema, a nacionalidade do pais da subscrição, porque é sob a protecção da lei desse pais que se estabelece a garantia dos subscriptores e se forma o contracto que os une.

5.º) *Systema do principal estabelecimento*. As sociedades deveriam ter a nacionalidade do país em que estivesse situado o principal estabelecimento.

6.º) *Systema da séde social*. As sociedades deveriam ter a nacionalidade da séde da administração social, isto é, do centro onde estão os seus corpos gerentes, do seu domicilio.

Qual destes systemas deve merecer a nossa preferencia?

O primeiro systema é insufficiente, pois o systema romanista da *autorização* tende cada vez mais a ser substituido pelo systema da *regulamentação*, não precisando em geral as sociedades commerciaes duma autorização especial para se constituirem legitimamente, bastando que se conformem com as prescripções estabelecidas na lei.

O systema do logar da constituição é o resultado da applicação do principio da regra *locus regit actum* e do principio da autonomia das vontades em materia contractual. E' um systema sem base real, pois pode muitas vezes succeder que uma sociedade se constitua num país e exerça toda a sua actividade noutro, representando assim este systema um meio de legitimar a subtração das sociedades ás exigencia das leis do país onde elles devessem manifestar a sua existencia e a que verdadeiramente pertencessem pelos seus elementos constitutivos.

O systema da nacionalidade dos socios tambem não é aceitavel. As sociedades podem ser de pessoas (collectivas) e de capitaes (anonymas). Sendo assim, este systema não se poderia applicar ás sociedades anonymas, onde não

é a pessoa do socio que se toma em consideração e onde cada um pode ceder a sua parte sem o consentimento dos outros, nem ás sociedades collectivas quando os seus membros pertencessem a nacionalidades differentes.

O systema do pais da subscrição tambem não é defensavel, não só por não poder determinar a nacionalidade das sociedades collectivas, mas tambem, porque em muitos casos, não a determinaria das proprias sociedades anonymas. Com effeito, pode succeder que a subscrição tenha logar em differentes paises, e, no caso em que se quizesse attender ao maior numero de subscriptores, ficaria muitas vezes a questão sem solução, visto as acções podem ser facilmente endossadas para paises differentes.

O systema de principal estabelecimento tem mais visos de acceitação. Todas as sociedades têm o seu cêntro de operação, mas muitas vezes é difficil determina-lo, quando não é impossivel, como succede com as companhias de navegação e de seguros; além disso as sociedades vivem e funccionam realmente no pais da séde da administração e é ahí que realizam o seu fim. Ora, como pode succeder que uma sociedade tenha num pais o seu principal estabelecimento, o seu centro de operação, e noutro a sua séde da administração social, não podemos tambem acceitar este systema.

O systema da séde social é o mais seguido, pois que é no pais da séde da administração social que a sociedade realmente vive e funciona, exerce a sua actividade e realiza o seu fim. As sociedades formam-se para a realização de interesses para que é insufficiente a actividade

individual e porisso é logico fixar a sua existencia onde ellas realmente vivem e operam integrando as suas forças individuaes. E' no pais da séde da administração social que as sociedades pensam, querem, operam, vivem e exprimem o seu pensamento e a sua vontade dirigente, porque é ahí que funcçionam os seus principaes órgãos, assim como os seus instrumentos receptores, fiscalizadores, e transmissores, e não no pais onde materialmente utilizam as suas forças. A séde social a que nos referimos deve ser a *real* e não a *ficticia*, que muitas vezes os socios a dão como real para desviar a sociedade fraudulentamente do dominio da lei a que está sujeita. E' este o *systema* que merece a nossa preferencia.

Pode, porém, dar-se o caso de a direcção e a administração duma sociedade estar dividida por algumas sédes igualmente importantes, de modo que não possa determinar-se a séde principal. Neste caso, a solução mais equitativa será attribuir á sociedade a nacionalidade daquelle dos paises que os fundadores ou a sociedade tiverem presumptiva ou claramente preferido. A attribuição será então uma questão de facto entregue ao prudente arbitrio do julgador.

a) Vejamos agora o *systema* portuguez sobre a determinação da nacionalidade das sociedades commerciaes. O nosso codigo commercial é muito incompleto a respeito deste assumpto, não tendo o legislador portuguez resolvido directamente o problema. Todavia, os artt. 54.º, 109.º, 110.º e 111.º do mesmo codigo e os §§ 2.º e 3.º do art.

49.º do decreto de 21 de outubro de 1907 sobre a indústria de seguros fornecem-nos alguns elementos para a resolução da questão.

A leitura dos citados artt. 109.º, 110.º e 111.º mostra que a nacionalidade das sociedades commerciaes anda relacionada com tres elementos: o pais da constituição, a séde social e o lugar do exercicio do commercio. Serão, porém, necessarios todos estes elementos cumulativamente para a determinação da nacionalidade? Bastará ao contrario qualquer ou algum delles?

Se uma sociedade se constitue em Portugal e ali fixa a sua séde social e exerce o seu commercio, não ha duvida de que tem a nacionalidade portugueza. E' a convergencia dos elementos referidos nos tres artigos.

Se a sociedade se constitue em pais estrangeiro, mas desloca para Portugal a sua sede e o exercicio do seu commercio, é para todos os effeitos uma sociedade portugueza, por força do art. 110.º, o que mostra que uma sociedade não precisa de constituir-se em Portugal para ter a nacionalidade portugueza. Quando muito, deverá ter no pais a sede da sua administração e exercer cá o seu commercio.

Supponhamos, porém, que a sociedade se constitue no estrangeiro, tem lá a séde da sua administração e exerce a sua actividade em Portugal. Será portugueza? A analyse dos artt. 110.º e 111.º conduzem-nos á opinião negativa. O art. 110.º considera nacionaes as sociedades constituidas no estrangeiro só quando tenham em Portugal a sua sede e exerçam cá o seu commercio; e o art. 111.º,

determinando que as sociedades constituídas em país estrangeiro, que estabelecerem no país succursal ou qualquer especie de representação social, ficam sujeitas ás disposições do código commercial quanto ao registo e publicação dos actos sociaes *nos mesmos termos que as sociedades nacionaes*, reconhece implicitamente que são estrangeiras.

Mas se a sociedade se constitue em país estrangeiro, se em país estrangeiro exerce o seu commercio, e apenas fixa em Portugal a séde da sua administração e cá pratica os actos de commercio que suppõe a administração social, será portugêsa ou tambem deverá considerar-se estrangeira? A analyse dos artt. 109.º, 110.º e 111.º parece autorizar a conclusão de que o factor determinante da nacionalidade é a séde social e de que porisso semelhante sociedade se deve considerar portugêsa. Na verdade, emquanto a séde se conservar em país estrangeiro, o commercio social, ou simples (art. 109.º) não attribue a nacionalidade portugêsa, nem mesmo, como já dissemos, o commercio por meio de agencias ou succursaes (art. 111.º); mas logo que a séde é no país, a sociedade é nacional (art. 110.º), signal, segundo cremos de que a séde decide da nacionalidade social. Esta interpretação parece ser confirmada pelo art. 54.º que, determinando as condições a que devem satisfazer as sociedades constituídas em país estrangeiro que queiram estabelecer succursal ou qualquer especie de representação social no país, as obriga a apresentar ao registo commercial, além dos documentos exigidos ás nacionaes, um certificado do respectivo agente consular portugêes de se acharem constituídas e funcio-

nando em harmonia com as leis do respectivo país. Ora este certificado só pode ser passado pelo agente consular da séde da sociedade, pois é ali que a mesma sociedade funciona, o que parece mais uma vez demonstrar que o legislador português viu na séde social o elemento decisivo da nacionalidade das sociedades commerciaes.

Os §§ 2.º e 3.º do art. 49.º do decreto de 21 de outubro de 1907 sobre a industria de seguros levam-nos tambem á mesma conclusão. Segundo os citados paragraphos, as sociedades estrangeiras de seguros, que pretendam autorização para funcionar no país, são obrigadas a apresentar os respectivos estatutos e documentos que provem a sua *existencia legal no país onde tenham a séde*, e a autorização é denegada sempre que se não mostre a *existencia legal da sociedade no país da sua séde*. A ligação e dependencia entre a existencia legal das sociedades e o país da sua séde indicam certamente que o autor do decreto viu na séde e só na *séde* o elemento determinativo da nacionalidade social.

Por consequencia, uma sociedade deverá ser considerada nacional ou estrangeira segundo o logar onde tiver a sua séde social. E' este, parece-nos, o systema português.

41 — Determinada a nacionalidade das pessoas collectivas, vejamos agora se ellas podem exercer direitos em países estrangeiros. Como a solução varia segundo os grupos, a que atraz nos referimos, temos de resolver o

problema do reconhecimento relativamente a cada um delles.

E' principio assente que o Estado tem personalidade juridica desde o momento em que seja reconhecido diplomaticamente como entidade politica autonoma e independente. O reconhecimento diplomatico envolve fatalmente o reconhecimento da personalidade civil do Estado, pois seria absurdo que um Estado tivesse o direito de entrar em relação com um outro, celebrando tratados, enviando e recebendo agentes diplomaticos e consulares, declarando guerra e celebrando a paz, e não tivesse o direito de adquirir os objectos materiaes necessarios para a sua existencia e desenvolvimento.

Laurent, no primitivo rigor do seu systema, regeitava ao Estado a qualidade de pessoa collectiva internacional, ainda mesmo depois do seu reconhecimento diplomatico. Mas reconheceu posteriormente o exaggero da sua doutrina, substituindo a por outra que consiste em attribuir aos Estados estrangeiros a personalidade juridica independentemente do reconhecimento especial. E' esta a doutrina da generalidade dos escriptores, tendo já sido formalmente consagrada pelo art. 34.º do codigo civil argentino, e pelo art. 3.º do tratado de Montevideo sobre direito civil internacional, de 12 de fevereiro de 1889, nos termos seguintes: « O Estado tem o character de pessoa juridica e é capaz de adquirir direitos e de assumir obrigações no territorio dum outro Estado em conformidade com as leis deste ultimo ».

Relativamente ás autarchias locais, como estas coope-

ram com o Estado em que se constituem na realização da sua missão social, o seu reconhecimento por esse Estado deve envolver o reconhecimento da sua individualidade jurídica por parte dos Estados extranhos. Com effeito, o reconhecimento dum Estado abrange logicamente todas as instituições que com elle organizam e tornam effectivo o seu fim social e alcança a legitima expansão internacional das mesmas instituições quando essa expansão represente o seu desenvolvimento natural e não prejudique os interesses dos outros Estados.

E' evidente tambem que o reconhecimento diplomatico dum Estado abrange o reconhecimento dos institutos publicos prsonalizados, que por esse Estado são creados para cooperar na sua missão social, integrando-se, por isso, na sua vida administrativa.

Mas se relativamente ás pessoas collectivas de direito publico, a doutrina é ananime em as reconhecer pelo facto do reconhecimento diplomatico do Estado a que pertencem, relativamente ás pessoas collectivas de direito privado, quer de utilidade publica, quer de utilidade privada, não ha um principio de direito internacional positivo, mas apenas uma tendencia no sentido de as admittir a exercer direitos privados independentemente de autorização.

Fazendo um estado comparativo das legislações dos differentes Estados, vemos que ellas se dividem em dois grupos, relativamente ao reconhecimento das pessoas collectivas estrangeiras de direito privado e utilidade publica: um formado pelas legislações da maioria dos Estados, reconhece as independentemente de qualquer autorização,

desde o momento em que estejam legalmente constituídas no seu país; outro, constituído por um pequeno numero de legislações, não admittre que essas pessoas exerçam a sua actividade nos seus territorios sem autorização especial.

O primeiro systema, o do reconhecimento sem autorização, é seguido por Portugal, embora o nosso codigo civil se não refira expressamente a este assumpto.

Talvez se conteste a nossa afirmação fundando se em que o art. 26.º do codigo civil restringe o gozo de direitos civis aos estrangeiros que *viajam* ou *residem* em Portugal e que o art. 33.º do mesmo codigo declara que nenhuma associação ou corporação pode representar uma individualidade juridica *não se achando legalmente autorizada*.

O pensamento do art. 26.º não foi, porém, subordinar a concessão de direitos civis aos estrangeiros á condição de viajar ou residir em Portugal, mas simplesmente equiparar os estrangeiros aos nacionaes quanto ao gozo desses direitos, considerando, embora exemplificativamente, a hypothese mais commum de os estrangeiros viajarem ou residirem no país. Doutra fórma dar-se-ia a incoherencia de a lei portugueza recusar ao homem associado o que concede ao homem isolado e viria o corollario de, mesmo as pessoas individuaes, não poderem possuir bens em Portugal ou delles dispôr quando aqui não residissem. No art. 964.º o codigo civil declara que as hypothecas constituídas no estrangeiro sobre bens existentes em Portugal não produzem os seus efeitos sem serem registadas nas respectivas conservatorias nacionaes, mas não distingue os nacionaes

dos estrangeiros, o que nos leva a suppôr que os estrangeiros têm esse direito; além disso o Regulamento consular português (dec. de 24 de dezembro de 1903) concede aos consules e vice-consules a faculdade de lavrar as escripturas que, embora outorgadas entre estrangeiros, tiverem de produzir os seus effeitos em territorios portugêses (art. 91.º n.º 3.º), reconhecendo assim que os estrangeiros, embora não viajem ou residam em Portugal podem exercer direitos no pais. Tudo isto leva-nos á conclusão de que aos estrangeiros são reconhecidos direitos em Portugal, independentemente da condição de cá viajar ou residir.

O art. 33.º diz respeito sómente ás pessoas moraes portugêsas e não ás estrangeiras, pois o nosso legislador em parte alguma se refere ás pessoas moraes estrangeiras. A doutrina do nosso código é a consagração do systema romanista da autorização para a formação das pessoas moraes em Portugal, ao qual se contrapõe o systema de regulamentação, seguido pelo código civil suizo (art. 52.º), que dispõe que as associações adquirem a personalidade juridica, fazendo-se inscrever no registo do commercio, e dispensa esta inscripção quando ellas se não proponham fins economicos. O art. 33.º representa apenas o meio de constituição em Portugal das pessoas moraes e não um principio de existencia legal das pessoas moraes estrangeiras.

Ora como não ha nenhuma disposição que prohiba aos estrangeiros associados o exercicio dos direitos que se lhes concedem individualmente, segue-se que as pessoas colle-

ctivas estrangeiras de direito privado e utilidade publica (pessoas moraes) podem exercer em Portugal a sua actividade independentemente de autorizaçãõ especial. A mesma conclusãõ chegámos, interpretando por analogia o art. 109.º do codigo commercial, que autoriza as sociedades legalmente constituidas em pais estrangeiro a praticar no pais actos do respectivo commercio que não sejam contrarios á lei portugueza. Pois, se se reconhece a capacidade duma sociedade lucrativa, por maioria de razão deve-se reconhecer a das sociedades de fins muito mais elevados, como são os scientificos e os humanitarios. O direito portuguez deve incluir-se, pois, entre as legislações que reconhecem independentemente de autorizaçãõ as pessoas collectivas estrangeiras de direito privado e utilidade publica.

Relativamente ao reconhecimento das possõas collectivas de direito privado e utilidade privada, as legislações tambem se dividem em dois grupos: um, constituido pelas legislações da Allemanha, Argentina, Belgica, Italia, Dinamarca, Estados Unidos, Suissa, Uruguay, Monaco, Portugal, etc., reconhece as sociedades commerciaes independentemente de qualquer autorizaçãõ; outro, constituido pelas legislações da Austria, Hungria, Grecia, Roumania, Turquia, Suecia e Russia, exige autorizaçãõ para que essas pessoas collectivas possam exercer a sua actividade nos respectivos territorios. Comparando os dois grupos de legislações, facilmente se vê que o numero das que reconhecem as sociedades commerciaes sem autorizaçãõ é maior do que o das que a exigem, havendo assim uma pronun-

ciada tendencia para a constituição dum principio internacional no sentido do primeiro systema. E mesmo as legislações da Austria e Hungria, que pertencem ao segundo grupo, concedem ás sociedades commerciaes estrangeiras o direito de pleitearem nos seus tribunaes.

Que Portugal pertence ao primeiro grupo é facil demonstrar, pois o art. 109.º do código commercial é expresso a este respeito: «As sociedades legalmente constituídas em pais estrangeiro, que não tiverem séde, succursal, ou qualquer especie de representação social no reino, poderão, apesar disso, praticar os respectivos actos não contrarios á lei nacional». Este principio geral soffre, porém, certas restricções, como vamos ver.

O *Acto de Navegação* de 8 de julho de 1863 dispõe que só podem possuir navios portuguezes as companhias de navegação ou de reboques estabelecidas em Portugal e legalmente autorizadas (art. 3.º, n.º 4.º e art. 6.º).

A lei de 3 de abril de 1896 e o regulamento de 27 de agosto do mesmo anno, relativos a bancos e companhias que praticam operações bancarias, determinam não só que a partir da sua vigencia nenhuma sociedade anonyma poderá constituir-se definitivamente para o exercicio exclusivo de operações bancarias, sem autorização especial do governo, que poderá conceder ou não, conforme entender conveniente, mas ainda que nenhuma sociedade anonyma estrangeira, que egualmente tenha por fim o exercicio exclusivo ou simultaneo de operações bancarias, poderá ter succursal ou agencia em Portugal sem autorização do governo, que não a concederá sem que se fixe o capital com

que a agencia ou succursal pretende funcionar no pais e sem que se obrigue a ter á frente dos negocios da agencia ou da succursal um director responsavel (Lei art. 18.º, § unico; Reg. art. 5.º, §§ 1.º e 2.º).

A lei de 27 de abril de 1901, concedendo o direito de praticar operações de credito, nas provincias ultramarinas, com especulação bancaria, á excepção da emissão de notas e de obrigações prediaes (estas duas operações ficaram constituindo exclusivos a conceder pelo govarno a um ou mais bancos portuguezes com séde em Lisboa) a commerciantes nacionaes ou estrangeiros, resalvou as provincias de Angola, Guiné, Cabo-Verde e S. Thomé e Príncipe, onde só podem funcionar estabelecimentos bancarios portuguezes constituídos segundo a legislação em vigor na metropole (artt. 4.º e 5.º).

O decreto de 21 de outubro de 1907 sujeita o exercicio da industria de seguros por sociedades estrangeiras, além doutras exigencias destinadas a garantir os direitos dos segurados e os interesses publicos, ás seguintes condições: deposito de quantias eguaes ás que devem depositar, na Caixa Geral dos Depositos, as sociedades portuguezas que pretendam exercer a industria dos seguros (artt. 4.º e 49.º, n.º 1.º); autorização do ministro das finanças para poderem funcionar no pais (artt. 5.º e 49.º, n.º 2.º); estabelecimento no pais duma agencia com plenes poderes para liquidar e pagar os seguros, liquidar e effectuar os resgates ou quaesquer documentos relativos ás operações a realizar em Portugal, representar as sociedades para com o Estado, accionistas, segurados e quaesquer terceiros, e accionar e

ser accionada em nome dellas nos tribunaes portuguezes (art. 49.º, n.º 3.º).

A lei de 9 de maio de 1901 limita a capacidade de receber concessões de terrenos no ultramar ás sociedades portuguezas. O decreto de 9 de julho de 1909, que regula a concessão de terrenos na provincia de Moçambique, concede, porém, ás companhias estrangeiras a faculdade de receber essas concessões na referida provincia, quando se observe quanto a essas companhias o disposto no decreto de 23 de dezembro de 1889 (art. 57.º n.º 3.º) (1).

(1) Este decreto determina que : « As sociedades legalmente constituídas em pais estrangeiro, que estabelecerem nas provincias ultramarinas succursal ou qualquer especie de representação social ou particular, ficam sujeitos ás disposições do art. 411.º do codigo commercial e ás demais que lhes forem applicaveis ; os representantes dessas sociedades não poderão emprehender qualquer exploração agricola e adquirir a posse de quaesquer bens immobiliarios sem que as respectivas sociedades, na conformidade do § 3.º do artigo antecedente, sujeitem os seus estatutos á approvação do governo ou obtenham para esse effeito a necessaria autorização na conformidade do § 2.º do artigo 462.º do codigo commercial (art. 2.º e § unico) ». E o citado § 3.º diz o seguinte: « Quando as sociedades estrangeiras tiverem por fim exclusivo ou principal a exploração agricola, em alguma possessão ultramarina portuguesa, ainda mesmo que nos estatutos se limite a menos de dez annos essa exploração, e a posse de quaesquer bens immobiliarios terão os mesmos estatutos de ser approvados pelo governo da metropole ».

42 — Resolvido o problema do reconhecimento das pessoas collectivas estrangeiras, resta-nos agora saber qual a sua capacidade legal, isto é, quaes os direitos que podem exercer fóra do seu país.

Para resolver esta questão relativamente ás pessoas collectivas de direito publico, temos de attender á sua *missão politica ou social* e á sua *individualidade juridica* de direito privado.

Sob o primeiro aspecto, essas pessoas collectivas ou dirigem a vida politica e administrativa do país, como o Estado e as autarchias locais, ou exercem uma função de interesse geral como os institutos publicos dotados de personalidade, e a sua actividade limita se naturalmente ao territorio do Estado de origem.

Este principio encontra uma restricção apenas no que respeita ao Estado. Ou para a protecção dos interesses geraes da nação, ou para a protecção dos interesses particulares dos seus nacionaes, pode o Estado continuar a sua missão publica dentro do territorio dos outros Estados em harmonia com os principios estabelecidos pelo direito internacional publico, como acontece, por exemplo, com as missões diplomaticas e consulares. Não pode, porém, o Estado enviar agentes diplomaticos sem que os governos dos Estados em que elles são acreditados lhes dêem o *placet (agrément)*, havendo tambem necessidade de que o consul seja *persona grata* ao governo local para lhe ser concedido o *exequatur*, sem o qual não pôde exercer as suas funções.

As autarchias locais têm evidentemente a sua actividade limitada ao territorio do Estado a que pertencem. São constituídas para organizar e promover os interesses geraes duma determinada circumscripção territorial e porisso a sua missão social acaba nos limites dessa circumscripção.

Os institutos publicos personalizados fazem parte integrante da organização administrativa do Estado e são encarregados de executar serviços publicos, como os serviços de instrucção e assistencia, apenas dentro do territorio como esphera normal da acção administrativa do Estado.

Ao lado das pessoas collectivas de direito publico, podemos tambem tratar das pessoas collectivas de direito privado e utilidade publica, visto que tambem desempenham uma missão social. Estas instituições, embora não encarregadas dum serviço publico, propõe-se contudo um fim de utilidade geral, o que as torna dependente do direito publico e lhes imprime um cunho territorial, e traduzem o modo de ser e pensar dum povo, que pode ser differente do modo de ser e pensar dos outros povos, o que restringe logicamente a sua missão ao Estado em que se constituem.

Apreciada a personalidade de direito publico das pessoas collectivas de direito publico e das pessoas collectivas de direito privado e utilidade publica, e demonstrado que ellas não podem exercer em sua missão social fóra do territorio nacional, salvo a excepção a favor do Estado, vemos até que ponto podem exercer a sua individualidade juridica de direito privado em pais estrangeiro.

Os direitos que constituem a capacidade das referidas pessoas collectivas estrangeiras, na sua qualidade de pessoas de direito privado, são, em geral, os direitos patrimoniaes, que se resumem na aquisição, posse e transferencia de bens e na sua defêsa perante os tribunaes de justiça.

Não ha duvida que os Estados, como pessoas collectivas de direito publico, podem exercer direitos patrimoniaes, como o direito de adquirir, possuir, contractar, etc, mas é de boa cortesia internacional que o Estado que queira adquirir um predio urbano ou rustico, por exemplo, o participe ao Estado local para evitar conflictos internacionaes, podendo muitas vezes este estabelecer limites relativamente á aquisição de territorios, porque, sendo esta feita em grande escala, pederia trazer como consequencia a desnacionalização.

E' questão ainda hoje debatida a de saber se o Estado deve succeder aos seus nacionaes quando, tendo morrido *ab intestato*, não tenham herdeiros legitimos, relativamente a bens situados noutro pais, ou se é ao Estado local que a herança deve ser deferida. Alguns escriptores contestam ao Estado semelhante direito de successão pela razão de que, á falta de herdeiros, os bens passam para o Estado local não a titulo de herança, mas a titulo de *occupação* e como uma consequencia do direito de soberania. Outros, porém, sustentam que a *herança jacente* deve passar para o Estado da nacionalidade do seu autor, visto tratar-se dum direito de herança e a herança dever ser

deferida segundo a lei nacional. A resolução desta questão só pode resolver-se tomando em consideração a *theoria das qualificações*, que aqui não trataremos, visto ella ter o seu lugar proprio em materia de *successões* de que mais tarde nos occuparemos. No entanto, podemos desde já dizer que a convenção da Haya, de 17 de julho de 1905, sobre os conflictos de leis em materia de successões e testamentos, dispondo no art. 2.º que «os bens hereditarios não serão devolvidos ao Estado em cujo territorio se encontrarem senão no caso de ^{nao} haver algum herdeiro ou legatario instituido em testamento, ou, abstrahindo do Estado estrangeiro, algum successivel *ab intestato*, segundo a lei nacional do defuncto », consagra a doutrina de que a herança jacente deve passar para o Estado local não a titulo de herança, mas de occupação.

As restantes pessoas moraes podem egualmente exercer no estrangeiro direitos patrimoniales por virtude da sua existencia legal no pais da sua constituição. Mas a sua capacidade deve ser medida pela lei do Estado da sua constituição e pela lei do Estado local quanto aos direitos que ahi podem ser exercidos pelas pessoas collectivas locais da mesma natureza, quanto ao modo de exercicio dos mesmos direitos, e até quanto a prescripções especiaes para os estrangeiros. Não devem estas evidentemente ter uma situação privilegiada relativamente ás locais, e mesmo o principio de egualdade que deve ser a regra e que sempre deve presumir-se, poderá ser restringido quando exija o interesse publico.

Reconhecendo Portugal as pessoas moraes estrangeiras,

como já vimos, quaes os direitos que ellas podem cá exercer? Os direitos civis reconhecidos pela lei do pais da sua constituição e que em Portugal possam ser justificados pelos interesses legitimos do seu instituto, que é o limite marcado pelo artigo 34.º do codigo civil á capacidade juridica das pessoas moraes, limite que, por virtude do art. 26.º, deve abranger as pessoas moraes estrangeiras. E no exercicio desses direitos, ficam naturalmente sujeitas ás autorizações impostas ás pessoas moraes portuguezas para a pratica de determinados actos e a restricções a que essas mesmas pessoas andam subordinadas. Assim as pessoas moraes estrangeiras não podem praticar actos que lhes sejam prohibidos nem actos que não são permittidos ás pessoas moraes nacionaes por motivos de interesse e ordem publica, como succede com a adquisição dos bens immoveis, que não pode ir além do indispensavel para o desempenho dos deveres das mesmas pessoas (art. 36.º, § 1.º).

Mas poderão as pessoas moraes estrangeiras, cuja constituição é prohibida num determinado pais, praticar nelle actos que tenham valor juridico e serão validos os actos praticados em beneficio dellas? Parece que tendo o Estado prohibido a constituição dessas pessoas dentro do seu territorio, as considerou offensivas do interesse e ordem publica, sendo assim, não se pode attribuir nenhum valor juridico áquelles actos. Esta solução, porém, tão radical deve ser posta de parte; este rigor só se comprehende para aquelles actos que possam perturbar a ordem

publica, não devendo de modo nenhum extender-se aos actos inoffensivos. Em que poderá, por exemplo, a ordem ser alterada, se uma congregação religiosa estrangeira mandar fabricar um carrilhão em Portugal? A ordem publica nada perde e portanto deve reconhecer-se effeito juridico a todos os actos inoffensivos, devendo haver nas relações internacionaes mutua tolerancia, como nas relações individuaes.

As sociedades commerciaes podem exercer direitos em pais estrangeiro, os quaes são determinados pela sua lei nacional e pela lei do Estado local. Podem praticar os actos permittidos pela lei do Estado da sua nacionalidade que não sejam contrarios ás leis do Estado local ou reservados aos cidadãos ou ás sociedades desse Estado, desde que cumpram as prescripções especiaes a que aquellas leis sujeitam as sociedades estrangeiras.

A condição ou a capacidade jurídica das sociedades commerciaes estrangeiras em Portugal pode determinar-se segundo o principio geral acima referido. Quando, porem, queiram exercer commercio em Portugal por meio de succursal ou de qualquer especie de representação social, ficam sujeitas ás prescripções do art. 111.º do codigo commercial e, no caso do não cumprimento dessas prescripções, ás penalidades do art. 112.º do mesmo codigo; e, quando a agencia ou succursal duma sociedade estrangeira tenha por fim o exercicio exclusivo ou simultaneo de operações bancarias ou o exercicio da industria de seguros;

só poderá funcionar no país mediante autorização do governo nos termos a que já fizemos referencia (1).

43 — Vamos agora estudar um outro grupo de pessoas collectivas que pela sua afinidade com as pessoas collectivas estrangeiras podem ser tratadas nesta secção. Referimo-nos ás pessoas collectivas internacionaes, as quaes representam interesses que são simultaneamente de varios Estados e que são representados por uma organização internacional. Estas pessoas collectivas são: a Igreja catholica, as Uniões internacionaes administrativas e as Sociedades internacionaes de individuos.

a) A Igreja catholica é uma associação de fieis, que seguem a religião catholica apostolica romana, que se encontram espalhados por todo o mundo e são organizados para os seus fins espirituaes pela Santa Sé, tendo como seu mais alto representante o Summo Pontifice.

Antes de demonstrarmos que a Igreja catholica tem personalidade juridica, façamos algumas indicações historicas das suas relações com os differentes Estados.

Depois que a Igreja foi officialmente reconhecida e poudo expandir-se sem as peias que ao principio lhe crearam os Imperadores romanos e principalmente no decorrer dos primeiros seculos da Edade Media, ella começon a infiltrar-se na sociedade civil, tornando-se tão forte

(1) Vide pag. 220 a 222.

no seculo IX que os principes chegaram a ver nella um perigo para a sua independencia. A reacção não se fez esperar. Assim viu-se manifestar primeiro timida, mas depois mais energica e por vezes mesmo violenta uma politica dos monarchas tendente a considerar a Santa Sé como um soberano estrangeiro. Sem tratar com ella numa relação de egualdade, que teria parecido inconvenientemente segundo as idéas religiosas da epocha, concedendo-lhe honrãs que reconheciam a sua supremacia tomaram para com ella a attitude politica ordinaria que tinham para os soberanos dos Estados estrangeiros nomeadamente sob o ponto de vista de recusa de toda a ingerencia da sua parte na soberania dos outros paises. Dahi a prohibição aos agentes do Papa de communicar directamente com o clero sem a fiscalização do governo e de se intrometter nos actos de jurisdicção. O clero nacional associou-se muitas vezes com o Estado nesta politica de independencia, como mostra a famosa declaração do clero francês em 1682. De tudo isto resultou a necessidade de celebrar tratados com a Santa Sé para regular as suas relações com o poder temporal nas questões da organização religiosa: estes tratados são as *concordatas* que, não obstante terem um objecto que nada interessa ás relações internacionaes e serem celebradas com o Papa, considerado sómente como chefe espiritual, foram sempre encaradas como convenções entre soberanias, pois que eram concluidas com o soberano Pontifice considerado como monarcha estrangeiro. Outra consequencia que resultou da concepção do Papa como soberano estrangeiro foi a de reconhecimento para elle de legação

activa e passiva, isto é, de enviar e receber agentes diplomaticos. Os agentes do Summo Pontifice são, como já dissemos, collocados na primeira cathegoria de agentes diplomaticos se são legados ou nuncios, occupando o logar de decanos dos corpos diplomaticos. Estes representantes são hoje em todos os paises assimilados aos agentes diplomaticos e disprovidos de toda a faculdade de interferencia nos negocios do pais em que exercem as suas funcções.

Até 1870 a concepção do Summo Pontifice como soberano estrangeiro tinha uma base territorial, pois que elle ao mesmo tempo que era o chefe espiritual da orbe catholica era tambem o chefe temporal dos Estados pontificios. Mas a 20 de setembro de 1870 os exercitos de Victor Manuel, aproveitando a retirada das tropas francêsas, apoderaram-se de Roma e das suas provincias e fizeram della a capital do reino de Italia. Em 2 de outubro do mesmo anno um plebiscito confirmou o facto realizado, já de ha muito previsto e querido pela população dos Estados pontificios, não tendo a queda do poder temporal provocado nenhum protesto na diplomacia europeia.

A incerteza da situação do Papa durou pouco tempo. Se elle não fosse senão bispo de Roma a questão seria simples, clara, de facil resolução. Como o bispo italiano, elle seria subdito do reino de Italia e por consequencia submettido á policia e jurisdicção italiana. Mas o Papa não era unicamente o bispo da cidade de Roma, era o chefe da Igreja, e esta dignidade não se localizava. Ella não era italiana, era universal.

O problema que aos italianos se apresentava era o de

substituir o poder temporal que haviam supprimido, por um *systema*, uma combinação de garantias que assegurasse aos olhos das outras nações a independencia da Santa Sé. Depois de varias tentativas, como a do Conde de Cavour e a do Conde S. Martino, em conceder pensões e a cidade Leonina com plena soberania, seguidas de formaes recusas por parte do Papa, publicou o governo italiano a *lei das garantias* de 13 de maio de 1871, em que a situação do Papa ficou claramente definida.

A *lei das garantias* reconheceu ao Papa a mesma situação que elle tinha antes da tomada de Roma, com excepção da soberania territorial. Ella só lhe reconhece o goso de certos immoveis determinados, o Vaticano, o palacio de Latran com os seus jardins e dependencias, e a villa de Castel Gandolfo, e comquanto o não reconheça como soberano confere-lhe, todavia, alguns dos attributos ordinarios dos soberanos e determina que os logares occupados por elle, por um conclave ou por um concilio ecumenico não estão sujeitos á acção da autoridade italiana excepto á requisição d'elle, do conclave ou do concilio.

A consequencia logica de taes factos é evidentemente o reconhecimento da Santa Sé como uma instituição legitima e que legitimamente exerce uma função social, e desse reconhecimento deriva como corollario a attribuição á mesma instituição da individualidade juridica ou goso dos direitos privados. Não se comprehenderia que os Estados reconhecessem a Santa Sé como verdadeira instituição publica internacional e lhe negassem uma condição fundamental da sua conservação.

b) As *Uniões internacionaes administratias* são associações de Estado destinadas a dar unidade organica e funcional á realização de determinadas ordens de interesses communs desses Estados. Estas Uniões que são um grande facto dos tempos modernos e um prenuncio da futura organização da comunidade internacional, são as seguintes: *União geodesica* (convenção de Berlim de 1886); *União telegraphica* (convenção de 22 de julho de 1875), *União de pesos e medidas* (convenção de 20 de maio de 1875); *União postal* (convenção de 26 de maio de 1906); *União para a protecção da propriedade industrial* (convenção de 20 de março de 1883); *União para a protecção de propriedade artistica e litteraria* (convenção de 9 de setembro de 1886); *União para a repressão do trafico de escravos* (convenção de 2 de julho de 1890); *União para a publicação das tarifas aduaneiras* (convenção de 5 de julho de 1890); *União internacional dos caminhos de ferro* (convenção de 14 de outubro de 1890); *União internacional dos assucares* (convenção de 5 de março de 1902); *União sismologica internacional* (convenção de Strasburgo de 1903); *União sanitaria* (convenção de Paris de 3 de dezembro de 1903 e de Roma de 7 de dezembro de 1907); e *União agricola internacional* (convenção de 7 de junho de 1905).

As Uniões nascem duma manifestação collectiva dos Estados, que se traduz em tratados, que são sempre a base da sua organização. As conferencias ou congressos depois de lançadas as bases da União, em que desempe-

nha a função da assembleia *constituente* transforma-se em assembleia *deliberativa*, isto é, num órgão cuja função é dictar regras, preceitos, tendentes á realização dos interesses da União. Esta assembleia, como o corpo legislativo nacional, reúne-se periodicamente. Mas não basta formular regras acerca da organização e realização de interesses, é necessario ainda que haja uma instituição que execute essas regras, dando direcção e unidade aos mesmos interesses. Assim é que as Uniões tem os seus corpos administrativos que ou são o *Officio* internacional ou a *Commissão*, apparecendo até em algumas mais complexas os dois corpos simultaneamente. Estes corpos constituem o directorio executivo da União. A *Commissão* differe do *Officio* ou *Secretaria* em ser de natureza collegial, sendo constituída pelos delegados dos diversos Estados unionistas, ao passo que o *Officio* tem um caracter burocratico,

Por vezes apparece ainda nas Uniões uma outra instituição chamada *tribunal arbitral*, cuja função é resolver os conflictos que podem surgir na execução da convenção nos Estados Unionistas, em harmonia com os principios de direito internacional.

As Uniões internacionaes com os seus órgãos legislativo, administrativo e judicial, são um *simile* das sociedades nacionaes, e, attendendo ao progressivo desenvolvimento que ellas nos ultimos annos têm tomado, parecem ser um prenuncio não só da futura commuidade internacional, mas ainda da propria organização nacional. Estas unidades associativas internacionaes, onde a base coercitiva das sociedades é substituída pelo pacto contractual,

ção de necessariamente actuar sobre estas, extinguindo a diferença ainda hoje existente entre governantes e governados, deixando assim realizar a lei evolutiva de organização social, formulada pelo grande sociologo Herbert Spencer. E o pacto social de Rousseau, fantasia emquanto ao passado, tornar-se-ha assim uma realidade de futuro.

O problema relativo ás Uniões internacionaes consiste em saber se estas são ou não são dotadas de personalidade juridica de direito privado. A doutrina ainda não chegou a uma conclusão segura. Fedozzi, negando ás Uniões a qualidade de sujeito de direito internacional, reconhece-lhes, todavia, a personalidade no campo do direito privado. Ottolenghi tambem reconhece ás Uniões a personalidade de direito privado, que faz derivar do simples facto de ellas serem uma criação dos Estados. O ultimo congresso de Bruxellas e o parlamento italiano manifestaram se tambem no mesmo sentido, mas as suas opiniões, com quanto fundamentadas não conseguiram constituir-se em doutrina corrente. Parece-nos tambem que ás Uniões deve ser reconhecida a individualidade juridica de direito privado, visto que nellas se apresentam os elementos, *interesses communs* e *vontade representativa*, considerados indispensaveis á existencia das pessoas collectivas.

Pode perguntar-se qual a importancia pratica do problema. Ella é grande. Supponhamos que um archi millionario americano se lembrava de doar a uma União alguns milhões de dollars. Esta doação não seria valida se porventura se não reconhecesse personalidade juridica á União.

c) Ao lado das associações internacionaes de Estados existem ainda a dentro da comunidade internacional *associações de individuos* de diferentes nações, que se agrupam para promover o progresso das sciencias, da paz geral, do melhoramento das condições dos operarios, em summa, do bem estar das sociedades modernas, como são, designadamente, o Instituto de direito internacional, a União inter-parlamentar para a arbitragem e para a paz, a Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores e a Cruz Vermelha.

Os internacionalistas não se têm preocupado com estas organizações para lhes determinar a situação juridica internacional, nem ellas mereceram a attenção dos Estados, que até hoje não definiram os seus direitos em tratado geral, transformando-as em pessoas collectivas internacionaes, isto é, dando natureza juridica a um facto natural de ordem internacional, que representa um elemento de progresso e civilização e contem em si todos os elementos dum grande desenvolvimento futuro.

Porisso as associações de individuos têm actualmente de constituir-se de harmonia com as prescripções da lei dum determinado Estado e submeter-se nos outros á situação a que a respectiva legislação sujeitar as associações estrangeiras de cathgoria semelhante á sua, ou hão de limitar-se, senão adoptarem aquella constituição, a funcionar em cada pais em harmonia com os principios que ahi regularem o exercicio geral do direito de reunião.

SECÇÃO III

Protecção dos estrangeiros

- 44 — Presupposto e forma da protecção.
 - 45 — Condição de legitimidade e manifestação da protecção reparadora.
 - 46 — Meios de protecção :
 - a) Meios pacíficos ;
 - b) Meios violentos ou coercivos.
-

44 — O facto de um individuo sahir do seu pais e ir para o pais estrangeiro não elimina qualquer laço juridico que exista entre elle e o Estado. A expatriação não equivale á desnacionalização. Os emigrados, a não ser que intervenha um acto voluntario de naturalização, conservam a sua nacionalidade e por ella o vinculo de direito com o Estado de origem. E porque a ligação entre os subditos expatriados e os Estados se mantem, resulta para o Estado o *direito de proteger* os nacionaes residentes em pais estrangeiro.

Esta protecção reveste duas formas : a de *regulamentação*, quando exercida para o effeito de definir e regular a situação dos nacionaes que se encontrem em pais estrangeiro, bem como para facilitar o exercicio dos seus direitos e manter as relações com o pais; a de *reparação*, quando visa a defender os direitos dos mesmos nacionaes, no caso em que esses direitos sejam violados pelo governo, por funcionarios ou particulares do Estado local.

A primeira forma de protecção dos nacionaes, que vivem em pais estrangeiro, pode realizar-se ou pela celebração de tratados, ou pelo estabelecimento de legações diplomaticas, ou, principalmente, pela organização de consulados.

Com a celebração de tratados podem os Estados ou definir os direitos dos nacionaes de cada um dos contractantes no territorio de outro ou dos outros contractantes, ou regular o modo de exercicio desses direitos. A acção protectora do Estado num caso ou noutro é manifesta, pois se torna certa a situação dos estrangeiros.

Os agentes diplomaticos além de representántes 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 da administração consular, á qual está principalmente confiada a protecção dos nacionaes, e tendo até, segundo a legislação dalguns paes, attribuições consulares, como funcções notariaes ou de registo civil, relativamente aos subditos do Estado que representam.

A protecção dos nacionaes dum pais residentes em pais estrangeiro é, porém, directamente confiada aos consules desse pais, os quaes exercem attribuições ou de *assistencia*, auxiliando-os e soccorrendo-os, sempre que necessario fôr, tanto por actos como por conselhos, ou de *garantia*, servindo-se de officiaes do registo do estado civil e de notarios, e portanto concorrêdo para fixar a sua situação juridica, emquanto esta situação depende do registo dos nascimentos, casamentos e obitos, e para o exercicio dos seus direitos, emquanto este exercicio depende da intervenção do official publico, ou de *defesa*, sendo juizes dos seus pleitos, o que, comtudo, quasi só acontece nos paises de capitulações, pois nos paises que participam integralmente da communitade internacional, os estrangeiros estão sujeitos ás justiças territoriaes.

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 defêsa dos mesmos direitos contra as suas violações e assim dar á protecção a fórma *reparadora*.

45 — Vejamos em que condições pode ser exercida a protecção *reparadora*, em que casos poderá principalmente tornar-se effectiva, e porque meio deverá realizar-se.

Dum modo geral pode dizer-se que a protecção deve ser medida pela *lei commum dos estrangeiros* pertencentes a um determinado Estado, a qual é constituida pelos di-

reitos garantidos a esses estrangeiros pelo direito internacional, pelos tratados ou pelas leis locais. 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 ultimo Estado de reparar a violação.

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 aceitar as jurisdicções locais, as leis de processo e os principios da responsabilidade dos funcionarios estabelecidos em cada Estado para a defesa dos direitos individuaes, qualquer que seja a este respeito a differença entre as leis do seu país e as leis locais, isto é, os direitos concedidos aos estrangeiros só lhes aproveitam

segundo a organização legal estabelecida pelo Estado local.

Estabelecido o criterio geral de protecção, vejamos em que hypothese ellá poderá principalmente ser exercida. Essas hypotheses cõrrespondem á *proveniencia* da violação dos direitos dos estrangeiros, violação que pode partir ou de *actos do governo* do Estado local ou de *actos de funcionarios* desse Estado, ou de *actos de particulares*.

Se o proprio governo viola os seus deveres internacionais, lesando os direitos dos estrangeiros, e se não há no pais uma instituição encarregada de apreciar e julgar similitantes violações, ou se essa instituição nega justiça aos estrangeiros dum modo formal ou dum 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 nas suas pessoas 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 corrente a este respeito é a de que o Estado que usou de repressão deve indemnização aos estrangeiros, quando pelo mesmo facto a deva aos nacionaes. De maneira que, quando os effeitos da repressão são num Estado considerados como um accidente de força maior cujas consequencias devam ser soffridas pelos lesados, este principio applica-se tambem a estrangeiros.

Este principio soffre, porem, uma restricção. O Estado é responsavel pelos damnos causados aos estrangeiros

em casos de repressão, quando esta é contrária aos usos internacionaes e directamente dirigida contra os estrangeiros *como taes* e estes não tenham sido a causa das perturbações que se pretendem reprimir. Foi esta a doutrina que Von Bar sustentou perante o Instituto de direito Internacional na sessão de 1900 nos termos seguintes : « Actualmente 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. Emquanto os Estados recusarem uma indemnisação por tal motivo aos nacionaes, não poderão ser obrigados a conceder-la aos estrangeiros. Não se póde, contudo, negar que a responsabilidade do Estado existe em certos casos. O direito de indemnizaçãõ 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 egual deixando-os estabelecer no seu territorio ; se, porem, lh'a não dispensa, 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 ». Esta doutrina foi approvada pelo mesmo Instituto.

Note-se, porem, que muitas vezes se têm concedido indemnizações em casos em que os nacionaes não têm direito a exigilas. E' um facto vulgar e ha casos recentes nas relações internacionaes. Isto succede nas relações dos

Estados fortes com os fracos. As desigualdades de poderes são fataes. Mas para dar uma apparencia juridica a estas manifestações da força cobre-se a realidade com o manto da cortesia, allegando-se que o Estado local faz as indemnizações a titulo meramente gracioso, salvaguardando-se assim com esta apparencia o principio juridico de egualdade entre nacionaes e estrangeiros.

Tem-se levantado ainda uma outra questão, que é a de saber se o direito de protecção pode ser exercido no caso de suspensão de pagamento de juros e da amortização das dividas contrahidas pelos Estados estrangeiros, isto é, se os Estados podem fazer valer, em tal caso, os interesses dos seus nacionaes portadores de titulos dessas dividas. Esta questão já se levantou nas relações dalgumas republicas sul-americanas com a Europa e já se esboçou tambem no nosso pais. Precisamos, porisso, de conhecer a doutrina estabelecida para a resolução deste problema.

Antes de mais nada precisamos fazer uma distincção que é fundamental. Ou o Estado que não pode satisfazer os seus compromissos, cumpriu rigorosamente a lei que é a base da operação financeira, ou se tornou insolvente, não tendo cumprido a lei reguladora das relações do Estado com os credores externos. No primeiro caso, a protecção do Estado não é legitima desde que o Estado local não possa pagar a divida sem prejuizo da sua existencia autonoma. Em tal hypothese, o risco da operação financeira deve correr integralmente por conta dos portadores dos titulos da divida, não podendo applicar-se ao Estado os principios relativos ao fallido, a quem só se deixa

a sua actividade economica, porquanto a execução do thesouro publico importava a morte do mesmo Estado. Esta doutrina é geralmente seguida pelos internacionalistas e foi defendida em 1848 num celebre despacho de Lord Palmerston nos seguintes termos: « Se os inglezes entregaram os seus capitães a um Estado estrangeiro, foi na esperança de obter lucros, e porisso deviam fazer entrar na 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 ». No segundo caso, a protecção é legitima, visto que o Estado se constituiu em responsabilidade pelo não cumprimento da lei que serviu de base á operação financeira. A insolvencia, nesta hypothese, assume o caracter de fraudulenta, podendo, porisso, exigir-se ao Estado devedor a satisfação de todos os seus compromissos.

A violação dos direitos dos estrangeiros pode derivar de *actos de funcionarios* quer no exercicio das suas attribuições, quer fóra dellas. No primeiro caso, o Estado é responsavel, visto que o funcionario praticou o acto lesivo no cumprimento da lei, pela qual só o Estado pode responder. No segundo caso, tambem é responsavel o Estado, pois que nas relações internacionaes desaparecem os individuos para só ficarem os Estados. O Estado responde pela culpa de não ter recrutado com cuidado os seus funcionarios. Os Estados têm por vezes pouco escrupulo no recrutamento dos seus funcionarios: os diplomas são faceis de obter, os concursos de ingresso para os diversos cargos não passam de puras phantasmagorias, resultando daqui

que são escolhidos individuos pouco serios e quasi nada conhecedores do seu mister. Mas tanto num como noutro caso, as reclamações dos estrangeiros deverão seguir as vias legais estabelecidas no Estado local, e o Estado de origem só poderá fazer as suas reclamações e exigir a responsabilidade do Estado local quando as auctoridades locais não attendam ás reclamações directas dos estrangeiros, negando-lhes a justiça devida.

Se a violação é proveniente *de actos dos particulares*, deverão os estrangeiros recorrer aos tribunaes competentes para conhecer destas violações, e só quando os juizes lhes neguem a justiça, o Estado de origem ficará autorizado a exercer o seu direito de protecção.

Em qualquer dos casos apontados a intervenção do Estado de origem só é legitima quando haja denegação de justiça, que tanto se dá quando aos estrangeiros não for permittido o recurso aos tribunaes, como quando a sentença dos tribunaes fôr manifestamente injusta. Neste ultimo caso, o Estado local só aparentemente cumpre o seu dever internacional para com o Estado de origem e por isso ainda é legitimo o exercicio do direito de protecção.

46 — Os meios de tornar effectiva a protecção dos nacionaes residentes em pais estrangeiro variam segundo as circumstancias de cada caso concreto e são aquelles que o direito internacional reconhece para conduzir os Estados ao cumprimento dos seus deveres para com os

outros Estados. Estes meios podem ser *pacíficos* ou *coercivos*.

a) Os meios *pacíficos* podem assumir varias formas. A mais simples é a *intervenção dos consules* junto das autoridades locais do seu districto, para que ellas attendam as reclamações dos subditos que representam.

Quando a protecção consular seja inefficaz ou inadequada, pode ter lugar 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 autoridades e os tribunaes prestem a devida justiça aos seus nacionaes.

Se a intervenção do agente diplomatico não der resultado satisfactorio ou se elle a julgar inopportuna, têm lugar as *negociações directas* entre os governos interessados destinadas a obter do governo local o cumprimento do seu dever de respeito pelos direitos dos estrangeiros.

Mas podem as negociações directas ser improficuas. Neste caso, pode uma potencia amiga offerecer os seus *bons officios* para aplanar as difficuldades e abrir caminho á solução. A potencia amiga não apresenta nenhuma proposta para a solução do conflicto, mas apenas facilita a approximação dos governos em questão. Portugal como velha alliada de Inglaterra e antiga metropole do Brazil offereceu os seus *bons officios* a estas duas potencias para acabar com as difficuldades que obstavam a que chegassem a bom termo a proposito da questão da Trindade.

Se estes meios forem insufficientes, pode uma potencia

amiga apparecer como *medianeira*, apresentando uma proposta que satisfaça ambos os Estados. Foi o que succedeu a proposito da questão suscitada entre a Allemanha e a Espanha relativa ás Carolinas : houve *mediação* do Papa, que apresentou uma proposta que foi discutida com as duas potencias e em seguida approvada, terminando assim o conflicto. A differença entre a *mediação* e os *bons officios* consiste em que segundo o primeiro meio a solução do conflicto representa a acção da potencia medianeira, ao passo que segundo o ultimo a solução é o resultado da acção das potencias interessadas, tendo apenas a potencia amiga contribuido para a sua aproximação.

Muitas vezes a reparação é regulada pelos *congressos* ou *conferencias*. Assim, quando foi da insurreição dos boxers, as perseguições e os morticínios dos estrangeiros foram de tal ordem, que a Europa e o Japão organizaram rapidamente uma esquadra para a defesa dos seus nacionaes. Terminada, porem, a guerra, a reparação foi regulada pela *conferencia de Pekin*. Em 1906 esteve eminentemente a guerra entre a França e a Allemanha a proposito da questão de Marrocos, que afinal se resolveu amigavelmente, embora provisoriamente, na *conferencia de Algeciras*, e definitivamente pelo tratado de 4 de novembro de 1911.

Um outro meio pacifico para regular a protecção dos nacionaes é a nomeação de *commissões internacionaes de inquerito*. Assim como, quando entre os particulares surge uma questão de facto, se procede a exames ou a vistorias ou á prova testemunhal, assim tambem, quando entre os

Estados se levanta uma questão da mesma natureza, são muitas vezes nomeadas commissões internacionaes de inquerito para darem o seu parecer sobre o assumpto, não sendo, contudo, os Estados obrigados a segui-lo. Quando foi da guerra russo-japonêsa, a esquadra do Baltico fez fogo contra uma esquadilha de pescadores inglêsa, tomando-a por esquadilha de torpedeiros japonêsa. A Inglaterra exigiu immediatamente reparações á Russia. As duas potencias nomearam para esse effeito uma commissão internacional de inquerito, constituída principalmente por marinheiros, para dar o seu parecer sobre a attitude do commandante da esquadra, tendo a sentença sido proferida de harmonia com o relatorio da commissão.

Finalmente, pode apparecer a *arbitragem* como meio pacifico para resolver as questões internacionaes. E' o meio que tende a prevalecer, em vista de a solução ser tirada de harmonia com os principios da justiça, concedendo-se aos Estados só aquillo que lhes pertence em nome do direito. A *arbitragem* é o grande problema que preoccupa o espirito contemporaneo, que deseja ver resolvidas todas as questões internacionaes independentemente da força.

b) Se os meios pacificos não forem suffoientes para que o Estado local cumpra os seus deveres internacionaes e preste as devidas reparações, o Estado de origem pode recorrer aos meios *violentos* ou *coercivos* para conseguir o respeito dos direitos dos seus nacionaes, escolhendo aquelle que fôr mais ad-quado ao caso occorrente.

Os meios coercivos de que os Estados lançam mão são os seguintes: *retorsão*, *represalias*, *embargos*, *bloqueio pacífico* e *guerra*.

A *retorsão* consiste em contrapor a uma lesão de direitos uma lesão de interesses. O Estado lesado pratica actos que vão ferir os interesses do Estado lesante e deixa de praticar para com elle os que forem de cortesia. E' uma especie de talião moral. Assim, na Allemanha está estabelecido que, no caso em que os Estados estrangeiros recusem um certo numero de direitos aos seus nacionaes, pode o chanceller do Estado recusar os mesmos direitos aos subditos dos Estados que os negam aos allemães.

As *represalias* consistem em contrapor a uma lesão de direitos outra lesão de direitos. E' o talião juridico.

O *embargo* é um processo ainda mais violento. Consiste em deter os navios de commercio pertencentes ao Estado lesante nos portos do Estado, cujos interesses ou cujos nacionaes foram lesados.

O *bloqueio pacífico* é uma especie de operação de guerra. Consiste em cortar as relações do Estado lesante com os demais Estados, não se permittindo que os navios entrem ou saiam dos seus portos. Quando se falla em bloqueio pacífico, entende-se sempre que é naval. Em 1902 alguns Estados europeus fizeram reclamações á Venezuela, exigindo reclamações devidas aos seus nacionaes por falta de pagamento dos juros da divida externa e pelos attentados cometidos contra elles e contra as suas propriedades. E como o governo da Venezuela não attendesse ás reclamações, aquelles Estados mandaram os seus navios de

guerra interceptar as relações de Venezuela com os outros Estados obrigando-o assim a ceder e a satisfazer as reclamações, que foram mais tarde resolvidas por meio de arbitragem.

Quando pelos meios pacíficos e pelos coercivos indicados não puderam ser aplanadas as dificuldades entre os Estados, recorre-se á ultima *ratio*, á guerra. Por ella a questão é resolvida no campo da batalha, cabendo o direito ao mais poderoso ou ao mais favorecido pelas circumstancias, ao vencedor.

Mas a guerra não pode ser empregada em quaesquer circumstancias, não sendo licita para a cobrança de dividas contractuaes dum Estado aos nacionaes doutro Estado, senão verificando-se certas condições.

Quando após a revolução francêsa a Santa Alliança procurava pela intervenção politica de varios Estados restabelecer o regimen politico anterior á revolução, a America espanhola aproveitando as perturbações europêis emancipava se da sua metropole. O representante da França, Chateaubriand, propoz á Santa Alliança que esta interviesse no sentido de restituir á Espanha as suas colonias. Em signal de protesto, Monroe, então presidente dos Estados Unidos da America do Norte, mandou ao congresso uma mensagem que ficou celebre e cuja doutrina se pode traduzir nos seguintes termos: A America pertence aos americanos. A America negava assim á Europa o direito de intervir na sua organização politica.

A doutrina de Monroe foi talvez um pouco adulterada, porquanto, se os factos não mentem, a politica dos Estados

Unidos desenvolveu-se sempre no sentido de estes se tornarem arbitros da vida politica americana, chegando alguns escriptores a substituir a formula da doutrina de Monroe pela seguinte: A America pertence aos yankees. Esta pretensão da America do Norte encontrou uma forte reacção na America Latina principalmente no Brazil e na Argentina, o que fez com que o *congresso pan americano* que, tendo-se realizado em Washington em 1899 1890, no Mexico em 1902, tive-se logar em seguida no Rio de Janeiro e o quarto em Buenos-Ayres.

As doutrinas são sempre o producto de factos sociaes. A razão da doutrina de Monroe encontra-se na intervenção da Europa nos destinos politicos da America. Mas, se esta doutrina limitou a intervenção politica, não limitou, contudo, a intervenção financeira da Europa, tendo-se os Estados sul americanos visto por vezes em serios embarços com as ameaças da guerra por falta de pagamento dos juros das dividas. Foi o que succedeu com a Venezuela. Para obstar a esta situação appareceu a doutrina do eminente diplomata e professor Drago, não menos importante do que a de Monroe, que pode reduzir se ao seguinte: é illegitimo todo o emprego da força para a cobrança das dividas contractuaes dos Estados aos nacionaes doutros Estados. Esta doutrina foi duma grande retumbancia e o seu echo chegou á segunda conferencia da Paz reunida na Haya em 1907, onde foi, como era natural, calorosamente defendida pelos representantes da Argentina. E se a conferencia não a acceitou em termos tão absolutos, achou-a no emtanto justa e adoptou-a nas suas linhas

geraes. E' o que se verifica pela leitura da convenção II de 18 de outubro de 1907 : « As potencias contractantes convieram em não recorrer á força armada para a cobrança de dividas contractuaes reclamadas ao governo dum pais pelo governo doutro pais, contrahidas com os seus nacionaes. Todavia, esta estipulação não poderá ser applicada quando o Estado devedor se recuse ou deixe sem resposta o offerecimento da arbitragem, ou, no caso da acceitação, torne impossivel a conclusão do compromisso ou, depois da arbitragem, deixe de se conformar com a sentença proferida (art. 1.º) ».

De maneira que hoje, pelo menos nas relações dos Estados que assignaram a referida convenção de 1907, o emprego da força para a cobrança das dividas contractuaes só é legitimo quando o Estado devedor não acceite ou não responda ao offerecimento da arbitragem, ou acceitando-o não queira cumprir a sentença arbitral ou obste por qualquer forma a que esta seja proferida.

* * *

CAPITULO II

Lei competente para regular a constituição das relações juridicas em geral

(CONFLICTO DE LEIS)

SECÇÃO I

Fundamentos doutrinaes

§ 1.º — Noção e causa dos conflictos de leis.

47 — Noção do conflicto :

- a) Conflicto vulgar ;
- b) Conflicto de leis de direito internacional privado
(conflicto de devolução) ;
- c) Conflicto de qualificação.

48 — Presupostos dos conflictos :

- a) Diversidade de leis nos differentes paises ;
- b) Reconhecimento da capacidade juridica dos estrangeiros ;
- c) Reconhecimento e applicação de leis extrangeiras ;

49 — Causas da connexão da relação juridica com differentes leis :

- a) Sujeito da relação juridica : 1.º nacionalidade; 2.º domicilio; 3.º vontade;
- b) Objecto da relação juridica : 1.º situação do objecto; 2.º qualificação do objecto;
- c) Facto juridico : 1.º fórmãs; 2.º manifestação da vontade;
- d) Garantia.

Noção e causa dos conflictos de leis

47 — Supponhamos que um francês pretende comprar a um portuguez um predio sito em Portugal. Qual a lei que deve regular a constituição desta relação juridica? Como sujeitos della encontramos dois individuos de nacionalidade differente, e portanto sujeitos a systemas juridicos tambem differentes. As condições exigidas para a validade de qualquer contracto por todas as legislações são a capacidade dos contractantes, o mutuo consenno e o objecto possivel. Mas qual a lei que regula todos estes elementos na hypothese atraz figurada ?

Compliquemos a hypothese: um francês compra a um espanhol um predio sito em Portugal. Neste caso a relação juridica apparece-nos em contacto com tres systemas juridicos. Compliquemos ainda mais a hypothese: um francês compra na Italia um predio sito na Allemanha a um portugûes, ou ainda um inglês compra a um francês e a um allemão, na Belgica, um predio sito na Russia. No primeiro caso a relação juridica entra em contacto com quatro legislações e no ultimo com cinco.

Podiamos formular ainda hypotheses mais complexas, mas estas são bastantes para dar uma idéa clara do conflicto das leis, que se verifica sempre que os diversos elementos do facto, cujo concurso é necessario para a constituição duma certa relação de direito, não sejam todos submettidos ao imperio da mesma legislação. A questão está em saber qual das leis concorrentes deve applicar-se a cada um dos elementos da relação juridica. Assim, o codigo civil suiso estabelece a maioridade aos vinte annos e o portugûes aos vinte e um. Se um portugûes e um suiso quizerem constituir em Portugal uma determinada relação juridica, qual a lei por que se deve apreciar a capacidade?

As leis que entram em concorrência para regular uma certa relação juridica podem ser uniformes ou divergentes. Quando o concurso é de leis uniformes, não pode verificar-se o conflicto, por que é indifferente, dada a egualdade de todas, applicar uma ou outra; mas este facto raras vezes tem logar. O conflicto apparece, porem, todas as vezes que essas leis regulem diversamente a mesma

relação. Supponhamos que um brasileiro quer contrahir matrimonio em Portugal. Para que esse acto possa realisar-se, é necessario que elle tenha capacidade, isto é, que não tenha impedimentos matrimoniaes, mas qual a lei que regula essa capacidade? Suppondo mesmo que não ha nenhum impedimento, occorre-nos perguntar qual a lei que deve regular a forma do acto, qual a que determina os direitos e obrigações dos conjuges, qual a que determina os direitos da mulher relativamente aos bens do casal, qual a que regula o exercicio do patrio poder, etc.

1.º) Os conflictos de leis podem revestir varias formas. A mais frequente é a que resulta da concorrência divergente das leis internas de dois ou mais paises, contendo preceitos de regulamentação, e é conhecida por conflicto *vulgar*. E' o que succede com o problema relativo á maioridade dum suiso estabelecido em Portugal, pois, como já dissemos, a lei suissa estabelece a maioridade aos vinte annos, emquanto a portugêsa a estabelece aos vinte e um.

2.º) Mas a par das leis internas reguladoras das relações juridicas, ha as leis internas de direito internacional privado que não regulam, mas apenas indicam a lei reguladora de determinadas situações. Assim, o art. 27.º do nosso codigo civil determina que «o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu pais», e a mesma disposição se encontra na maioria das legislações. Mas, se lermos as legislações da Inglaterra, Dinamarca, Noruega, Estados Unidos, Argentina e algumas

outras republicas sul-americanas, nellas encontramos uma disposição que diz o seguinte: o estado e a capacidade serão regulados pela lei do domicilio. Estas disposições não regulam, pois, o estado e a capacidade, mas declaram qual a lei que deve regula-los: são leis ^{declaratorias} reguladoras.

Supponhamos que um inglês domiciliado em Portugal quer fazer com um português um contracto. Por que lei deve ser regulada a sua capacidade? A lei portugêsa manda regular pela inglêsa e esta pela portugêsa. Temos assim um conflicto a que chamaremos de *devolução*, visto a lei nacional *devolver* á portugêsa a regulamentação do facto.

3.º) Ha ainda uma outra fôrma de conflictos de leis, que é a dos conflictos de *qualificação*, que se dá todas as vezes que as leis de diversos Estados qualificam de modo differente a mesma relação juridica que com ellas está em contacto. Assim a doação *mortis causa* é por algumas legislações considerada como contracto, e por outras como successão, sendo, porisso, regulada segunde os preceitos do direito successorio; o apanagio do conjuge sobrevivivo é incluído por umas legislações nas relações de character patrimonial dos conjuges, e noutras no direito successorio. Vê-se facilmente como é natural surgirem conflictos desta natureza.

48 — O conflicto das leis internas é o mais frequente e porisso o mais importante. E' a elle que nos vamos re-

ferir, reservando para mais tarde o estudo dos conflictos de devolução e de qualificação.

a) Se em todo o mundo as leis fossem uniformes, haveria a concorrência de leis, mas como todas eram eguaes, não valeria a pena saber qual dellas se deveria applicar. Mas assim não succede. As leis dos differentes países são divergentes, visto que são diversos os meios geographico, ethnographico e sociologico. O mundo juridico não tem só uma côr, como uma só côr não tem o mundo geographico. Se quizessemos traçar o mappa do mundo juridico, teriamos de faze-lo com côres varias correspondentes ás côres do mappa-mundi, pois o direito varia de povo para povo em função dos meios acima referidos. Ora, se ha diversidade de leis, é preciso saber qual a competente para regular as relações juridicas quando ellas pelos seus elementos ponham em concorrência as leis dos differentes Estados.

Perante a divergencia legislativa dos differentes países duas soluções se têm apresentado para a resolução deste complexo problema. Uma, a solução simplista, consistiria em eliminar os conflictos pela uniformização das leis de todos os Estados. Esta solução, comquanto de grande commodismo, não passa duma aspiração que está longe de poder realizar-se. As soluções simplistas não são sempre as melhores, nem nós devemos ver com simplismo aquillo que por natureza se revela complexo. A diversidade das leis é natural, como naturaes são as causas da diversidade do meio social em que ellas se desenvolvem. O legislador

não é alguém que regulé a vida social como entende, pois elle não passa de mero interprete da consciencia collectiva. E todas as vezes que as leis não traduzam o modo de sentir do povo para que foram feitas, ellas estão irremediavelmente condemnadas a uma vida ephemera. Por isso é completamente impossivel formular normas de conducta uniformes para todo o mundo.

E' certo que ha relações sociaes que são as mesmas em toda a parte e em toda a parte podem portanto ter a mesma regulamentação. Estão nesse caso a compra e venda, as letras de cambio e mais alguns institutos. Mas isto constitue excepções. Para aquellas soluções, porém, que traduzam a idiosyncrasia propria de cada povo, não pode haver unidade na regulamentação. São diversos os sentimentos, são diversas as leis. A humanidade move se fundamentalmente não por ideias, mas por sentimentos. Eis porque os institutos de familia, successão, propriedade, etc., divergem de povo para povo.

Mas, como pela uniformização não podia alcançar-se a solução do problema, excepto para os institutos que tenham a mesma base, procuraram outros escriptores resolver-o por meio da formula da coordenação de leis. Como encontrar, porém, esta formula? E' o que a sciencia e a diplomacia têm procurado resolver, a primeira formulando projectos e a segunda convenções.

b) O reconhecimento da capacidade juridica dos estrangeiros é, evidentemente, outro presupposto dos conflitos de leis, pois que se elles não pudessem exercer direitos

fóra do seu país não haveria concorrência de leis e portanto não teria logar o mesmo conflicto.

e) Sem o reconhecimento e applicação das leis estrangeiras tambem seria impossivel a existencia de qualquer conflicto de leis. A territorialidade absoluta tal como se comprehendia em pleno regimen da feudalidade obstava ao apparecimento desta questão, mas este systema affectava de tal forma os interesses dos individuos que as legislações se viram na necessidade de reconhecer a applicação, até certo ponto, das leis do Estado de origem. O reconhecimento das leis estrangeiras é, pois, um outro presupposto do conflicto de leis.

49 — A analyse de qualquer relação jurídica revela-nos sempre a existencia dos seguintes elementos : sujeito, objecto, facto jurídico e garantia. Vejamos como ella pode por qualquer destes elementos ser posta em contacto com leis de differentes países.

a — 1.º) No sujeito da relação jurídica o primeiro problema que se nos apresenta é o da nacionalidade, e por esta pode a relação estar em contacto com differentes leis, pois que os sujeitos podem ser de diversa nacionalidade e portanto subordinados a systemas juridicos differentes. Assim o nosso codigo civil, como, de resto, a maioria das legislações, manda regular o estado e a capacidade pela lei nacional. Porisso se um italiano fizer com

um portuguez um contracto em Portugal, esta relação é posta em contacto com as leis italiana e portugueza, em virtude da nacionalidade dos sujeitos.

2.º) Além da nacionalidade tem o individuo, em regra, o seu domicilio, que é a séde da sua vida juridica. Pelo domicilio do sujeito da relação juridica, pode esta tambem ser posta em contacto com leis de differentes paises, como vamos ver. As leis de alguns Estados, como a Inglaterra, Dinamarca, Argentina, etc., determinam que o estado e a capacidade civil dos individuos são regulados pela lei do domicilio. Sendo assim, se um inglês domiciliado em Portugal faz com um espanhol um contracto de compra e venda, esta relação entra em contacto com a lei portugueza, em virtude do domicilio do inglês, e com a espanhola, em virtude da nacionalidade do espanhol.

3.º) O direito privado está dividido em dois grandes grupos de normas: *imperativas* e *suppletivas*. As primeiras representam uma ordem que os individuos devem cumprir, quer se trate singularmente dos seus proprios interesses, quer se tenha em vista o interesse da commuidade; as ultimas constituem meros elementos interpretativos da vontade das partes, quando ellas a não tenham manifestado expressamente, sendo tambem chamadas leis *interpretativas*. A respeito destas é a vontade das partes *autonoma* em aceitar ou substituir as suas disposições.

A generalidade dos escriptores, entendendo 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. Ora vê-se como é facil ser uma relação juridica posta em contacto por este principio com leis de paises differentes. Supponhamos que um portugûes celebra o seu testamento em França: como as leis de fôrma são imperativas, o testamento deve ser feito segundo as formalidades francêsas, mas quanto ao conteúdo deve applicar-se a lei portugûesa sempre que o testador não tenha manifestado expressamente a sua vontade, excepto quando elle declare qual a lei por que esta deve ser interpretada. Um italiano e um portugûes podem celebrar um contracto de usura, estipulando que a taxa seja a determinada pela lei francêsa. Entram assim em concorrência leis de paises differentes em virtude do principio da autonomia da vontade das partes.

b) O objecto da relação juridica é o conjuncto de interesses que as partes se propõem realizar, variando por consequencia segundo as relações juridicas. Vamo-nos referir apenas aos direitos reaes, e como estes recaem sobre moveis ou immoveis temos de attender á sua situação e á sua qualificação segundo as legislações.

1.º) A situação dum movel ou immovel liga a relação de que elle é objecto com a lei local. Assim, se um espanhol vende a outro espanhol um predio sito em Portugal,

esta relação entra em contacto com as leis portugêsa e espanhola, em virtude da nacionalidade do sujeito e da situação do objecto. Mas pode o objecto estar situado em varios paizes, neste caso entrarão em contacto as leis de todos esses paizes.

2.º) Mas não é só pela situação que o objecto duma relação juridica entra em contacto com leis de paizes differentes, a *qualificação* do objecto pode tambem dar logar ao conflicto de leis. Sendo diversa a ordem juridica dos moveis e immoveis e sendo diversa a determinação que as varias legislações fazem delles, torna-se em muitos casos necessario saber qual a lei a applicar para a sua determinação mobiliariã ou immobiliaria.

c) O facto juridico, pela qual a relação se constitue, resulta ou duma declaração de vontade ou duma contingencia prevista pela lei, podendo classificar-se em *licito* ou *illicito*, conforme os actos que lhe dão logar são a manifestação directa da vontade, para, em harmonia com a disposição da lei, adquirir, modificar ou extinguir um direito, ou representam a violação ou lesão dum direito, constituindo assim o seu autor na obrigação de reparar o damno causado.

No facto juridico temos primeiramente a considerar o sujeito, a que já nos referimos, e em seguida a fórma externa e o consentimento.

1.º) Quanto á forma, os actos juridicos dividem-se em

consensuales e *formales*. Os primeiros são aquelles para cuja celebração a lei não exige formalidades especiaes; os segundos são aquelles que só são validos quando celebrados de harmonia com as formalidades prescriptas na lei. Aqui tratamos só dos actos *formales*, pois que só a seu respeito se pode levantar o conflicto de leis. Supponhamos que um francês pretende comprar um predio rustico em Portugal. Qual a lei que ha de regular a forma externa desse acto? A este respeito ha um principio quasi universalmente reconhecido, é o principio do *locus regit actum*, segundo o qual é a lei do logar da celebração que regula a forma externa do acto juridico.

2.º) Na manifestação da vontade ha ainda a attender á prestação do consentimento em si mesmo. Para que o acto juridico seja plenamente efficaz é preciso que na manifestação da vontade não haja nenhum vicio de consentimento (erro, dolo ou coacção). Mas qual a lei segundo a qual se deve apreciar se houve ou não vicio na manifestação do consentimento? Eis como pela manifestação da vontade podem entrar em concorrência varias leis.

A respeito da solução deste conflicto não é uniforme a doutrina dos escriptores. Mas, attendendo a que as leis que determinam o modo como deve ser prestado o consentimento são de protecção individual, e a que as leis que melhor protegem o individuo são as da sua nacionalidade, parece-nos preferivel a doutrina que dá preferencia á lei nacional.

d) Constituída a relação jurídica, é necessário dar garantia aos direitos subjectivos que della derivam para os seus sujeitos, porque elles só são uteis quando podem ser exercidos. Mas, quanto ao modo do exercício do direito, não se harmonizam as legislações, pois que a maioria consagra o principio romanista de *qui jure suo utitur nemini facit injuriam*, como faz o nosso código civil no art. 13.º, dispondo que « quem em conformidade com a lei, exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar desse mesmo exercício », emquanto que o código civil allemão preceitua no art. 226.º que não é permittido o exercício dum direito, quando não pode ter outro fim senão o de causar prejuizo a outrem, e no art. 826.º que « é obrigado á reparação quem, contrariamente aos bons costumes, causa intencionalmente um damno a outra pessoa », e o código civil suíço estabelece no art. 2.º que « todos são obrigados a exercer os seus direitos e executar as suas obrigações em harmonia com as regras da boa fé » e que « o abuso manifesto do direito não é protegido pela lei ». Supponhamos que um allemão comprou a um portuguez um predio rustico sito em Portugal. Deverá o exercício do direito de propriedade resultante deste contracto ser regulado pela lei portuguezsa ou allemã? São duas leis em concorrência, dando assim origem ao conflicto.

A extincção do direito pela prescripção pode ainda por sua vez ser origem do conflicto de leis. Sendo diversas as legislações relativamente aos prazos e ás condições da

prescripção, qual a lei que os ha de regular tratandõ-se, por exemplo, duma divida contrahida por um francês com um portuguezs ?

A defêsa do proprio direito, quer ella se manifeste pela legitima defesa, quer pelo recurso aos tribunaes, pode tambem ser causa de connexão duma relação juridica com diferentes leis. Na verdade, se um russo quizesse em Portugal defender o seu direito de propriedade, servindo-se da legitima defêsa, qual a lei que devia regula-la ? E se tivesse necessidade de recorrer aos tribunaes, teria de o fazer de harmonia com a lei russa ou portugueza ?

§ 2.º — Theoria dos estatutos.

50 — Noção.

51 — Escolas estatutarias.

52 — Escola italiana:

a) Meio historico;

b) Meio scientifico;

c) Forma;

d) Methodo;

e) Principio fundamentaL.

53 — Escola franceza:

a) Meio historico;

b) Base.

54 — Escola hollandesa:

a) Meio historico;

b) Principio fundamental;

- ε) Estatutos exterritoriaes por motivos de cortesia internacional ;
- d) Classificação dos estatutos.
- 55 — Escola franceza do seculo XVIII.
- 56 — Appreciação geral da theoria dos estatutos.
- 57 — Resultados praticos.

§ 2.º

Theoria dos estatutos

50 — Posto o problema do conflicto de leis, apreciemos agora as doutrinas que historicamente appareceram para o resolver. A primeira doutrina que propoz esse fim foi a *theoria dos estatutos* que, atravez de differentes vicissitudes, dominou a doutrina dos conflictos até os fins do seculo XVIII.

O nome desta theoria deriva do meio social em que ella nasceu. Foi a Italia que lhe deu o berço. Depois do seculo XII, as cidades da Italia septentrional, que desde o tratado de Constança de 1183 gosavam duma verdadeira autonomia, embora sob a suzerania nominal do Santo Imperio Germanico, tinham por um lado leis proprias, *estatutos* (1), que variavam de cidade para cidade, a par com

(1) Ao principio chamavam-se *estatutos* as leis particulares, municipaes ou provinciaes, que vigoravam (na Italia) numa cidade

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 da cidade, e da solução dos conflictos entre os estatutos das diferentes 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.

Não pode dar-se da theoria dos estatutos uma noção precisa, pois que a sua evolução doutrinal que vae até aos fins do seculo XVIII offerece taes cambiantes, atravez das varias escolas por que passou, que é impossivel abrange-las numa noção unica. Ainda assim diremos que a theoria dos estatutos é o *systema* que se propoz primeiramente determinar a esphera da applicação das leis particulares das diferentes cidades e em seguida das leis geraes.

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.

51 — A theoria estatutaria atravessou fundamentalmente quatro escolas: a *italiana*, que representa a phase de esboço e vaé do seculo XIII até ao seculo XV; a *francésa*, que representa a phase da organização e abrange o seculo XVI; a *hollandésa*, que procurou determinar os fundamentos philosophicos da theoria, abrangendo o seculo XVII; e a *francésa do seculo XVIII*, que estabelece a transição para as theorias modernas. Os representantes destas escolas são respectivamente Bartolo, D'Argentré, Voet e Bouhier.

52 — a) Vejamos quaes as causas que originaram o apparecimento da escola italiana.

Como de todos é sabido, o feudalismo appareceu na Italia, como em quasi todos os paises da Europa, como *systema social* de fusão de soberania com a propriedade e de *isolamento juridico e politico* dos diversos senhorios por forma 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. Desta forma affirmou-se o principio da territorialidade das leis, segundo o qual cada senhor feudal submete ao imperio das suas leis todas as pessoas, cousas e actos que se encontrem, estejam situadas ou se dêm dentro do seu territorio, e logicamente fica privado de toda a autoridade sobre pessoas e cousas que estejam para além das suas fronteiras ou a respeito de actos que ahi sejam praticados, principio traduzido pelo adagio feudal — *todos os costumes são reaes*.

A partir do seculo XII começaram a desenvolver-se no norte da Italia, como já dissemos, as cidades republicanas que, em virtude da sua natureza commercial, estavam em relações mutuas permanentes. O systema da territorialidade das leis, que tinha o grave inconveniente de tornar incertos todos os direitos individuaes, porisso 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, não se compadecia com esta vida de relação, o que feriu a attenção dos jurisconsultos que, a partir do seculo XIII e XIV, começaram a esforçar-se por modificar a doutrina da territorialidade, no sentido de assegurar ao direito e ao estado das pessoas a fixidez que lhes é necessaria, pelo reconhecimento da efficacia dos estatutos particulares de cada cidade fóra do territorio da mesma e pela solução dos conflictos que d'ahi resultavam.

b) No seculo XII verificou-se a primeira renascença juridica. O direito romano que não tinha cessado de ser a legislação dominante no exarchado de Ravena, no ducado de Roma e nalgumas cidades do sul, que além disso tinha continuado como direito pessoal na Lombardia readquiriu repentinamente a sua antiga importancia no meio do movimento geral que transportava os espiritos para as instituições romanas. Ravena possuia ainda uma escola obscura onde elle era ensinado. Uma escola semelhante fundou-se numa cidade visinha, Bolonha, que, caída mais tarde sob o poder dos germanos, conservou mais o direito romano

que as outras cidades lombardas. Alli os textos de Justiniano saíram da sombra em que tinham permanecido sem se perder, durante seculos; a nova escola fez delle objecto dum estudo especial e consegrou-se-lhe com tal ardôr, com um tal successo que, desde a sua nascença, alcançou grande reputação: os estudantes acorriam alli de todos os pontos da Italia, de todas as regiões da Europa. Depois o estudo do direito romano propagou-se e em pouco tempo o norte da Italia cobriu-se de escolas florescentes.

E' preciso notar que os professores de direito romano não eram só homens de sciencia; elles tomavam parte nos negocios da cidade, na administração da justiça; elles alliavam a um espirito exercitado pelo estudo a experiencia e a autoridade. Os professores encontravam-se, pois, numa situação analoga á dos grandes jurisconsultos da epocha classica cujas obras elles estudavam e commentavam, e, inspirando-se no mesmo espirito, applicaram-se a traduzir e desenvolver as aspirações populares que faziam nascer os costumes e as necessidades do tempo. Como os seus mestres elles o fizeram, não sob a forma de innovações francas e ousadas, mas com prudencia, integrando as novas regras nos antigos principios por meio da interpretação dos textos.

Emquanto no resto da Europa o feudalismo muito poderoso punha obstaculos ás relações pacificas dos povos e mesmo ás communicações dos habitantes de cada pais, na Italia o feudalismo, em via de dissolução, estava ao serviço da burguesia e o espirito feudal era dominado tanto pelas necessidades do commercio como pelo largo genio

do direito romano, que era ensinado desde as suas origens nas universidades de Bolonha, Placenza, Modena, Reggio, Padua, Pisa, Ferrare, Perugia, etc.

Os juristas, grandes admiradores do direito romano, objecto do seu paciente estudo, ligavam ao contrario pequena importancia aos estatutos locais que chegaram a classificar de *jus asinorum*. Mas, obrigados a admitti-los, consideraram o direito romano como direito *commum* e os estatutos como excepções. Ora, sendo o direito *commum*, de applicação geral e a excepção de applicação restricta, concluíram que o direito romano se poderia applicar universalmente e ser invocado em todo o pais, enquanto que os estatutos, em virtude do seu character excepcional, deviam ser restringidos ao territorio onde elles tinham sido accites.

c) Decorreu um longo intervallo de tempo antes que as questões suscitadas pelo conflicto de leis fossem tratadas nos escriptos dos juristas. O despertar das cidades italianas remonta provavelmente aos fins do seculo X, e comtudo só no seculo XIII é que appareceram nas obras dos juristas as primeiras regras relativas á extensão e applicação dos estatutos. Houve assim ao principio um periodo de duzentos annos preenchido pelas tentativas praticas, pelas decisões improvisadas pela justiça, pela formação de usos, emfim, pelo ensino da escola. Depois, quando os glosadores do seculo XIII escreveram sobre este assumpto, limitaram-se a observações raras e breves. E não podia ser doutra fórma, pois o estudo do direito

consistia nessa epocha principalmente em interpretar os textos contidos nas compilações de Justiniano por meio de glosas interlineares ou marginaes escritas nos manuscritos. Algumas regras isoladas, propostas aqui e acolá, por occasião do commentario a esta ou áquelle lei romana, foram os primeiros germens da doutrina italiana dos estatutos.

O ponto de partida foram as palavras « *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium* » da lei I do Código de Justiniano, no titulo *De Summa Trinitate et Fide catholica*, escolhendo 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 Accursio ou a algum outro glosador uma observação inserida na glosa e concebida nos seguintes termos: « *argumentum. Quod si Bononiensis convenitur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest; cum dicat quos nostrae clementiae regit imperium* ». Esta passagem da glosa foi o inicio da doutrina italiana sobre conflictos de leis de cuja elaboração progressiva, e principalmente devido á obra de Bartolo, resultou a determinação das regras de direito internacional privado, que as escolas posteriores vieram assimilar e desenvolver.

d) A escola italiana formou-se no seculo XIII e durou até o fim do seculo XV, desenvolvendo-se por consequencia no tempo da escolastica. Não admira, porisso, que ella

seguisse o methodo geral da escolastica, que se no campo da philosophia foi por vezes esteril e até de resultados perniciosos, no campo de direito foi de grande vantagem, porquanto com as suas divisões, subdivisões, distincções e subdistincções muito contribuiu para a analyse das diversas relações jurídicas em todos os seus elementos.

Para melhor vermos como na realidade os estatutarios da escola italiana eram profundamente analyticos, vamos estudar succintamente a doutrina de alguns dos seus representantes.

João Fabre (*Johannes Faber*), natural de França, celebre jurista da primeira metade do seculo XIV, commentando o titulo da *Summa Trinitate* e particularmente a lei *Cunctos populos*, formula a seguinte pergunta: os estatutos applicam-se aos estrangeiros? A este respeito elle distingue os delictos, os contractos ou quasi contractos, as outras materias juridicas, e exprime-se pouco mais ou menos nos termos seguintes: « Se no territorio do estatuto um estrangeiro commetter um delicto, a lei local é ou não applicavel conforme elle conhecia ou não a prescripção infrigida. — Quanto aos contractos ou quasi contractos a lei a seguir é o estatuto do lugar do acto relativamente ao processo e á decisão do litigio. — Não se tratando destes assumptos é necessario fazer uma subdistincção: trata-se duma regra que diz respeito ás coisas, neste caso o estatuto a applicar é o do lugar da sua situação, embora o seu possuidor tenha o domicilio em outra parte; trata-se duma regra respeitante ás pessoas, procede-se doutra forma. Procura-se saber qual é o juizo competente? Em

materia real, é juizo do logar da situação do objecto; em materia pessoal, é o juizo do logar do domicilio — Que dizer depois disto daquella que faz o seu testamento num paiz regido por um certo estatuto relativamente ás coisas situadas num outro paiz, onde vigora um estatuto differente? Relativamente ao modo de testar, ás solemnidades, o estatuto a observar é o do pais onde o testamento fôr celebrado, mas relativamente á divisão dos bens e ao modo de succeder é o estatuto do pais onde os bens estiverem situados. — Finalmente pelo que diz respeito ao modo de execução dum julgamento, suppondo que o estatuto do logar onde a sentença foi proferida é differente do do logar onde a execução tem logar, é a este ultimo que se deve subordinar ».

Taes são as regras ligeiramente traçadas por João Fabre, que estão enunciadas em termos duma precisão e firmeza notaveis, revelando assim da parte do autor um certo esforço para abraçar numa vista synthetica o conjuncto de difficuldades ás quaes dava logar no seu tempo o conflicto de leis.

Mas aquillo que em Fabre é esboço apparece claro e evidente em Bartolo. Bartolo (*Bartolus a Sassoferrato*) viveu de 1314 a 1357. Foi primeiro professor em Pisa e mais tarde em Perugia. Teve sobre o desenvolvimento da theoria dos estatutos uma influencia á qual só se pode comparar a de d'Agentré. A sua obra principal, *Bartoli in primam Codicis partem Commentaria*, foi publicada em 1589.

Depois de diversas considerações suggeridas pelos termos da lei *Cunctos populos*, Bartolo começa assim a expo-

sição do seu modo de ver sobre o imperio dos estatutos : «Sobre a glosa *Quod si Bononiensis* ha lugar de examinar duas questões : a primeira é a de saber se o estatuto proprio dum territorio se estende ás pessoas que lhe não estão submettidas ; a segunda, se o effeito do estatuto se prolonga para alem do territorio». O seu trabalho recae sobre nove pontos principaes : 1.º) contractos ; 2.º) delictos commettidos no territorio pelos estrangeiros ; 3.º) testamento ; 4.º) materias que não são contractos nem delictos nem ultimas vontades ; 5.º) applicação aos clerigos dos estatutos feitos para os leigos ; 6.º) extensão dos estatutos fóra do seu territorio quanto ás disposições prohibitivas ; 7.º) extensão dos estatutos fóra do seu territorio quanto ás disposições permissivas ; 8.º) extensão dos estatutos fóra do seu territorio quanto ás disposições penaes ; 9.º) applicação das sentenças penaes fóra dos limites da jurisdicção que as proferiu.

1.º) Relativamente aos contractos, Bartolo suppõe que um contracto celebrado em Perugia por um estrangeiro deu lugar a um processo no lugar de origem desse estrangeiro ; pergunta qual dos dois estatutos deve prevalecer. A solução deve variar segundo as diversas questões que podem surgir dum contracto : — trata-se da forma do contracto, é preciso tomar em consideração o lugar onde o acto foi realizado (*locus regit actum*) — trata-se da organização da instancia (*litis ordinatio*), é preciso attender ao lugar onde a questão é julgada (*lex fori*) — trata-se do proprio fundo do litigio (*ipsius litis decisio*), é necessario fazer uma subdistingção : ou o ponto em questão se

refere ás consequencias naturaes do contracto, ás consequencias que o contracto, desde a origem, tinha em germen, neste caso deve-se tomar em consideração o logar do contracto, pelo qual se deve entender não aquelle onde deve ser executado, mas o da sua celebração (*lex loci*); ou o ponto em questão se refere ás consequencias eventuaes do contracto, então deve-se attender quer ao logar designado para a execução do contracto, quer, no caso em que nada se tenha estipulado a este respeito, mesmo ao logar da instancia, porque é lá que se produzem as causas das consequencias eventuaes.

2.º) Bartolo trata dos delictos commettidos pelos estrangeiros por meio de multiplas distincções, apoiando-se ao mesmo tempo sobre a existencia dum direito commum e sobre a concepção das exigencias da lei penal. — Se o facto commettido no territorio da cidade é um delicto de direito commum, o delinquente deve ser punido de harmonia com a lei local; — se o facto não é delicto de direito commum, mas de direito estatutario deve-se distinguir: se o estrangeiro tiver permanecido durante o tempo bastante no territorio, para que não se possa pôr em duvida o conhecimento do estatuto, deve ainda ser punido pela lei local; no caso contrario, é preciso distinguir ainda: se o facto é unanimemente prohibido em todas as cidades, o estrangeiro não pode obter em razão da sua ignorancia absolvição completa; mas, se o facto não é prohibido duma maneira tão geral, o delinquente deve ser absolvido, excepto quando tiver conhecimento da disposição penal, ou a sua ignorancia seja iustificada.

3.º) Bartolo suppõe que um estrangeiro fez o seu testamento no territorio duma cidade, relativamente a bens que alli estão situados. Pergunta se o estatuto dessa cidade se deve applicar e encara esta difficuldade successivamente sob os pontos de vista da forma do testamento, das vontades nelle contidas e da capacidade do testador.

Foi em Veneza que um estrangeiro testou segundo a a forma autorizada pelo estatuto local, isto é, em presença de duas ou tres testemunhas. Mas similhante estatuto é contrario ao direito commum que exige a assistencia de sete ou pelo menos cinco testemunhas. Daqui duas questões: a da validade do estatuto e a da applicação do estatuto ao estrangeiro; a da validade do estatuto em face do direito commum foi resolvida dando predominio áquelle e de egual modo, relativamente á segunda, resolveu que o estatuto duma cidade podia applicar-se aos testamentos dos estrangeiros, devendo a sua forma ser por elle regulada (*locus regit actum*). O testamento feito em Veneza com duas testemunhas era pois valido.

Relativamente á vontade do testador, isto é, á interpretação dessa vontade, Bartolo limitou-se a dizer que o estatuto do logar onde o testamento foi feito (*lex loci*) é que deve ser consultado mesmo para o testamento dum estrangeiro.

Emfim, pelo que respeita á capacidade do testador, Bartolo entende que ella deve ser regulada pela lei do seu pais de origem, porque, diz elle, uma lei não pode regular a capacidade duma pessoa que lhe não é submettida. E' uma doutrina notavel esta, comquanto o auctor não

apresente para ella nenhum fundamento. Bartolo teve o sentimento da existencia do estatuto pessoal, mas sem poder construir uma theoria a seu respeito.

4.º) Sobre materias que não são nem contractos nem delictos nem testamentos foi Bartolo inferior a Fabre, porquanto tendo este estabelecido com nitidez a distincção dos estatutos pessoaes e reaes, Bartolo limita se a indicar em termos obscuros as regras concernentes ao estatuto real, declarando, na hypothese dum estrangeiro reconstruir uma casa que tenha em Veneza, que é o estatuto desta cidade que deve regular este acto.

5.º) Não tratamos da materia relativa á applicação aos clerigos dos estatutos feitos para os leigos, por não ter nenhuma importancia para o nosso estudo.

6.º) As disposições prohibitivas não penaes podem ser de tres especies: relativas á forma, ao fundo do proprio acto, e ás pessoas.

Quanto ás primeiras, como a prohibição de fazer um testamento doutra forma que não seja em presença de dois notarios, o estatuto não se estende para além do territorio que lhe é proprio, porque em materia de formas é preciso sempre considerar o logar em que o acto se realiza, quer se trate de contractos, quer de testamentos.

Quanto ás prohibições referentes ao fundo do proprio acto, como a prohibição feita a um dos comproprietarios de alienar sem o consentimento dos outros, o estatuto estende-se alem do territorio. Em qualquer logar em que a alienação se effectue é nulla.

Quanto ás prohibições relativas ás pessoas, é preciso

fazer distincção entre as *favoraveis* e as *odiosas*. No primeiro caso, o estatuto da cidade impõe-se a todos os cidadãos em qualquer logar em que se encontrem. Tal é o estatuto que, para proteger as pessoas expostas pela fraqueza da sua idade ás captações, nega aos menores de vinte annos a faculdade de testar. No segundo caso, o estatuto da cidade não se estende além do seu territorio. E assim é que o estatuto que nega ás filhas o direito de succeder não deve applicar-se aos bens situados noutras cidades.

7.º) Relativamente á validade fóra do territorio das disposições attributivas das faculdades, Bartolo pergunta se um testamento feito de harmonia com o estatuto duma cidade é valido quanto aos bens situados noutra cidade. Responde affirmativamente e a sua resposta constituiu um principio assente para a escola. Em seguida procura determinar qual a lei applicavel á successão dos estrangeiros. Este problema era no seu tempo, como o é no nosso, um dos mais difficeis que se levantam em materia de conflictos. A solução apresentada por Bartolo é notavel e foi bastante commentada. Mas o que mais vivamente attrahiu a attenção dos juriconsultes não foi o que a solução contem de de essencial e judicioso, foi a distincção dos estatutos em *pessoaes* e *reaes* que Bartolo suppõe previamente estabelecida, e em seguida o meio de reconhecer essas duas categorias de leis.

A forma como elle distinguiu os estatutos *pessoaes* dos *reaes* foi vivamente criticada, comquanto Bartolo só incidentalmente e a titulo de exemplo dissesse que uma disposição

A lei é real ou pessoal segundo nos seus termos ella se refere em primeiro logar ás cousas ou ás pessoas. Assim, seria pessoal o estatuto — *Primogenitus succedat in omnibus bonis*, e seria real o estatuto — *Bona decedentium veniant in primogenitum*, o que levou muitos jurisconsultos a dizer que Bartolo só attendera, para a classificação, á construcção grammatical, chegando Dumoulin a alcuinhar de *verbal*. Mas o pensamento de Bartolo resalta das palavras *ad hoc inspiciatur utrum dispositio sit in rem vel in personam* e das applicações que faz na resolução das hypothesea que formula. Elle quiz apenas significar que os estatutos eram reaes ou pessoases segundo se referiam ás coisas ou ás pessoas.

A applicação dos estatutos reaes e pessoases relativamente ás successões dos estrangeiros foi por elle feita, da seguinte forma: as disposições dos estatutos feitas em vista das coisas só se applicam no territorio do estatuto (*lex rei sitiae*); as referentes ao estado e capacidade das pessoas applicam-se não só no territorio do estatuto, mas tambem fóra d'elle quando se verifique uma das seguintes condições: se as disposições são prohibitivas, se não forem odiosas; se conferirem faculdades, se não forem contrarias ao direito commun. Um exemplo tornará clara esta doutrina: o estatuto diz — *Bona decedentium veniant in primogenitum*, neste caso, como o estatuto é real, a successão defere-se segundo a lei do logar da situação das coisas; mas se o estatuto diz — *Primogenitus succedat*, é preciso distinguir, diz Bartolo, suppondo que se trata dum estatuto inglês: se o auctor da herança não era da Inglaterra;

aínda que elle alli tivesse bens, o estatuto deste país não se applica a elle nem aos seus filhos, visto que se trata duma disposição concernente ás pessoas, que se não estende aos estrangeiros; se era inglês, o filho receberá os bens situados na Inglaterra e devia tambem receber os situados fóra, se se não tratasse duma instituição odiosa.

8.º) Não nos referiremos á applicação dos estatutos fóra do seu territorio quanto ás disposições penaes, por ser assumpto de direito internacional penal.

9.º) A execução das sentenças penaes fóra dos limites da jurisdicção é materia que Bartolo trata mais imperfeitamente, o que talvez possa explicar-se por não serem as cidades italianas inteiramente soberanas e o imperio das leis em materia penal não poder ser bem definido senão numa sociedade em que a independencia e a soberania sejam incontestadas. Fez a este respeito distincção entre as sentenças que se applicam ás pessoas e as que se applicam ás cousas: relativamente ás primeiras, Bartolo estabeleceu a doutrina de que ellas *ipsam personam sequuntur sicut lepra leprosum*, a não ser que impliquem uma *diminutio status*, e, relativamente ás segundas, que a sua execução é restricta á cidade.

Apresentaremos ainda as doutrinas de um outro escriptor estatuario para melhor vermos o methodo e a orientação da escola italiana e a sua transição para a doutrina francêsa. Vamo-nos referir a Dumonlin (*Carolus Molinaeus*) que nasceu em Paris em 1500 e morreu em 1566. Comquanto francês, pode-se considerar pelas suas doutrinas como representante notavel da escola italiana.

O plano geral de Dumoulin foi procurar, sem idéas preconcebidas, soluções que traduzissem o bom senso e a justiça para a resolução dos conflictos de leis. Não divide os estatutos em pessoaes e reaes, mas em dois grandes grupos, um contendo as disposições relativas á forma dos actos e do processo, outro contendo disposições relativas ao fim, isto é, ao fundo do proprio direito. Estas ultimas subdividiu-as em disposições facultativas e imperativas e só estas é que elle classificou em reaes e pessoaes.

Sobre a forma dos actos e do processo, Dumoulin limitou-se a resumir em algumas linhas a doutrina estabelecida pelos seus antecessores: a lei a seguir é sempre a lei do logar em que o acto se realiza, quer se trate de contractos, de testamentos, de actos instrumentarios, de julgamentos, ou de quaesquer outros. Assim o testamento feito em presença de duas testemunhas em logar em que se não exija maior solemnidade é valido em toda a parte, e o mesmo para qualquer outro acto. Desta forma Dumoulin admittiu o principio, já então geralmente acceite, do *locus regit actum* relativamente á forma externa dos actos e o da *lex fore* relativamente ao processo.

Pelo que diz respeito á substancia dos contractos, dizia Dumoulin, e aqui foi verdadeiramente innovador: no dominio dos contractos a *vontade* das partes é *soberana*; quando ella não é expressa, é preciso procura la, porque *jus est in tacita et verisimiliter mente contrahentium*, nas circumstancias que acompanharam o exercicio da vontade fóra da formação do contracto, e o logar do contracto será uma dessas circumstancias, mas não a unica. Concluia assim

que quanto á substancia dos contractos se devia applicar a lei expressa ou tacitamente escolhida pelas partes. Assim formulou o principio da *autonomia da vontade* no direito internacional privado. Isto pelo que diz respeito ás disposições facultativas.

Quanto ás disposições imperativas, que, como já dissemos, elle dividiu em pessoas e reaes, diz: « *aut statutum agit in rem, et semper inspicitur locus ubi res sita est; aut statutum agit in personam et tunc non includet externos* ». Aqui temos formulado o estatuto real e o pessoal: se o estatuto se refere ás pessoas, é pessoal, e portanto não se applica aos estrangeiros; se se refere ás coisas, é real, e então applica-se sempre que a coisa esteja situada no seu territorio.

Vê-se, pois, que Dumoulin não fez mais que synthetizar no seu espirito superior as doutrinas dos jurisconsultos anteriores, sendo apenas innovador em ter formulado o principio da *autonomia da vontade*.

e) Analysando a escola estatutaria italiana, tanto no auge do seu desenvolvimento, como na sua origem e na sua dissolução, vê-se que ella appresenta sempre o mesmo aspecto e o mesmo character. O seu principio fundamental foi dar solução aos conflictos pela forma mais justa possivel. Foi a ideia de justiça que dominou todos os trabalhos estatutarios. E' certo que elles não chegaram a dar um criterio seguro para a justa solução da maior parte dos problemas, mas deram ás escolas posteriores materiaes bastantes para a elaboração duma dou-

trina mais perfeita e scientifica. Aquillo que em Fabre era presentimento e em Bartolo simples esboço é em Dumoulin uma doutrina assente.

Vejamos agora o que da escola italiana ficou.

Em primeiro logar temos a distincção entre a *ordinatio litis* e *decisio litis*: o processo deve ser regido pela lei do logar onde a acção tiver sido proposta, principio unanimemente accete por todos os jurisconsultos desta escola e mantido pelas escolas seguintes, que hoje é um preceito de direito internacional privado; relativamente á *decisio litis* é preciso examinar a relação que existe entre o direito e o objecto do litigio, porque a regra a seguir varia segundo se trata dum contracto, dum quasi-contracto, dum testamento, dum delicto, etc.; além disso é necessario entrar numa nova analyse, é necessario distinguir se a questão recae sobre a forma, sobre a prova ou sobre a substancia do acto, sobre a execução ou sobre a prescripção da divida. Sobre a forma do acto o principio admittido pela escola — *locus regit actum* é ainda hoje reconhecido por todas as legislações. Quanto á prova do acto é necessario distinguir: trata-se da forma por que ha de ser deduzida em juizo, applica-se a *lex fori*; trata-se da admissibilidade da prova, applica-se a lei do logar onde o acto se praticou. Estes principios dominam hoje no direito internacional. Relativamente á substancia do acto, o principio da autonomia da vontade formulado por Dumoulin ainda hoje subsiste. Quanto á lei reguladora do regimen juridico da propriedade immobiliaria, a escola, embora neste ponto duma pobresa extrema, estabeleceu o principio de que é

duas formas applica-se quer aos nacionaes quer aos estrangeiros, o segundo só aos que tenham o seu domicilio no territorio.

54 — a) Da França passa a theoria estatutaria para os Países Baixos, no seculo XVII, e alli toma um desenvolvimento notavel, cuja razão é facil de comprehender. Quando em 1584 appareceu a nova doutrina de D'Argentré, os Países Baixos estavam admiravelmente preparados para a receber. Desde a idade media a civilização nas provincias belgas tinha tomado um duplo character que manifestava simultaneamente similhança e differenças palpitantes entre estas provincias e as do norte da Italia. As cidades de Flandres e de Barbante eram industriaes e commerciaes como as cidades lombardas, donde derivava a necessidade de terem regras para a resolução dos conflictos das suas leis; mas eram animadas dum espirito individualista levado aos ultimos limites e dahi resultava uma tendencia pronunciada para o principio da soberania feudal dos costumes. E conquanto não fossem, debaixo de ponto de vista politico, tão livres como as republicas italianas, gosavam todavia de privilegios e liberdades consideraveis como a de autonomia juridica. A actividade commercial e industrial, as luctas politicas e religiosas conjugavam-se com uma grande actividade intellectual que tinha a sua origem na Universidade de Louvain. Foi neste meio que appareceu a doutrina de D'Argentré, e ella não podia deixar de ter ahi um acolhimento favoravel, pois que o

seu systema de direito internacional privado continha áquelles povos entre os quaes dominava, no mais alto grau, o espirito da independencia feudal, e ás provincias que, nas suas relações com os seus soberanos, queriam manter a sua autonomia, e nas suas relações mutuas pretendiam conservar uma existencia propria.

Num tal pais, a base das regras concernentes ao conflicto das leis só podia ser a territorialidade estricta e absoluta. D'Argentré acabava de proclamar este principio e a sua voz retumbou em Flandres, Brabante e Hollanda.

b) A escola hollandêsa tinha como principio fundamental absoluto a territorialidade das leis. Para ella não havia juridicamente senão leis territoriaes. No emtanto, como as exigencias das relações internacionaes se não conformavam com o character rigido deste principio, admittiu algumas excepções, que não se fundavam num principio de *justiça*, mas eram mero resultado do principio de *cortesia* internacional, da *comitas gentium*, que representa apenas a tolerancia das leis estrangeiras por um motivo de attenção para com os outros Estados.

c) Na impossibilidade, pois, de manter o principio absoluto da territorialidade, a escola hollandêsa foi levada a admittir os estatutos extrritoriaes como excepção, embora por motivo de cor-

tesia para com os outros Estados. Na verdade, a applicação dos estatutos a todos os individuos que se encontrassem no seu territorio, como logicamente resultava do principio da territorialidade, podia conduzir á lesão de interesses dos estrangeiros, provocando assim uma situação menos cordeal para com os Estados de que elles fossem subditos.

d) A escola hollandêsa, como a francêsa, admite tres especies de estatutos: estatuto *real*, estatuto *pessoal* e estatuto *mixto*.

Mas profunda differença separa o fundamento desta classificação nas duas escalas. Emquanto que na escola francêsa o estatuto *pessoal* se funda numa razão de *justiça*, na escola hollandêsa funda-se uma razão de conveniencia, de consideração, de *cortesia* para com os outros Estados; e o estatuto *mixto*, que para a primeira era o que se referia simultaneamente ás pessoas e ás coisas, tem na escola hollandêsa um significado bem diverso. Sob esta designação comprehendiam-se todos os estatutos que se referissem á *forma externa* dos actos. O estatuto *mixto* era para a escola hollandêsa o *locus regit actum*. A justificação dada pela escola hollandêsa do estatuto *mixto*, assim considerado, representa uma subtilidade, uma elegancia, digamos assim. O *locus regit actum* é um estatuto *mixto*, porque o acto regulado pela lei dum pais não produz effeitos só dentro desse

país, mas também fóra delie. Elle não é real, visto que o estatuto real só tem efficacia até onde chega o imperio da soberania; não é pessoal, porque se applica a todos os actos realizados dentro do territorio sem distincção entre nacionaes e estrangeiros.

Os representantes mais importantes desta escola são Paulo Voet, que formulou a nova concepção dos estatutos mixtos, e João Voet, filho do anterior, que, no dizer de Pillet, foi o mais logico dos jurisconsultos estatuarios, formulando o principio da absoluta territorialidade das leis e admittindo, como excepção, a exterritorialidade por motivos de cortesia.

55 — A theoria estatutaria, esboçada pela escola italiana, organizada pela escola francêsa, fundamentada logicamente pela escola holandêsa, dissolveu-se com a escola francêsa do seculo XVIII.

Esta escola, cujos principaes representantes são Boullenois, Froland, Bouhier e Prévot, continua a doutrina dos estatutos que ensina e defende, mas já com tendencias que annunciam uma transformação. Esta escola não põe de parte os velhos criterios de sabor feudal, mas revelá um constante interesse em alargar o dominio das leis pessoas e em restringir o das leis reaes, para introduzir mais regularidade e justiça na resolução dos conflictos. Ella admite ainda a distincção dos

estatutos em reaes, pessoas e mixtos, mas a concepção que os novos juristas teem a respeito da extensão de cada um destes estatutos revela claramente que o realismo de D'Argentré não correspondia ás necessidades da epocha. Boullenois, não podendo libertar-se da influencia da tradição, deixa transparecer ainda nas suas *Dissertações sobre questões mixtas* o realismo feudal, ensinando que em caso de duvida se deveriam considerar os estatutos como reaes; mas no *Tratado dos estatutos*, obra posthuma, o mesmo escriptor alarga consideravelmente a extensão dos estatutos pessoas influenciado pelas ideias philosophicas da epocha. Em Bouhier o principio realista, um dos fundamentos da escola, foi substituido pelo principio da personalidade como se depreheende do seu *systhema*, segundo o qual, em caso de duvida, o estatuto deve ser considerado pessoal, pois na concorrência duma pessoa e duma coisa, a pessoa deve prevalecer, porque é para as pessoas que as leis são feitas. Froland segue a doutrina de Bouhier, sustentando que em conflicto de estatuto pessoal com o estatuto real se deve dar preferéncia á lei que regula o estado da pessoa, porque o seu objecto é mais nobre do que a da que regula os seus bens.

A escola estatutaria foi assim abalada nos seus fundamentos. Mas como explicar esta transformação? No seculo XVIII, o feudalismo que fôra a causa da estreita concepção da territorial-

lidade estava em franca decadencia. As provincias, que antes gosavam de independencia quasi absoluta, estavam agora subordinadas a um poder central, unica fonte de soberania. Os philosophos e os economistas lançavam pôr terra com as suas doutrinas os fundamentos das sociedades antigas, exclusivistas e inimigas, pregando a doutrina de fraternidade universal. As relações internacionaes augmentavam consideravelmente. E, finalmente, tornava-se tão difficil distinguir os estatutos pessoas dos reaes que um escriptor chegou a dizer «*in iis definiendis mirum est quam sudant doctores!*» De tudo isto resultou a necessidade de pôr de parte a theoria estatutaria, que se tornava cada vez mais insufficiente para resolver as hypotheses praticas.

56 — 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 a soberania e os seus subditos que se encontram fóra do territorio, e o outro era o 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 de um 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 das coisas 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 reais, declarando os primeiros extratorriales e territoriales 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 forma externa dos actos e á interpreta-

ção dos contractos, que rigorosamente 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 as necessidades praticas.

57 — Deve no emtanto notar-se que muito deve a sciencia do direito internacional privado á theoria dos estatutos, não só por ter lançado as suas bases, mas tambem por ter fixado ou iniciado as soluções de muitos conflictos.

Os estatutarios agitaram numerosissimas questões, e agitar já é alguma coisa para o pensamento humano. Eis as soluções mais importantes:

1) O estado e a capacidade civil são regulados pela lei do domicilio.

2) Os immoveis são regulados pela *lex rei sitae*;

3) A forma externa dos actos é subordinada ao principio — *locus regit actum*;

4) A lei reguladora do processo é a *lex fori*;

5) Os contractos devem ser interpretados segundo o principio da *autonomia da vontade*.

§ 3° — DOCTRINAS DA COMMUNIDADE DE DIREITO.

58 — Orientação geral das doutrinas da renovação.

59 — Theorias allemãs :

a) Systema de Waechter;

b) Systema de Scheffner;

c) Systema de Savigny.

60 — Escola italiana:

a) Bases doutrinaes;

b) Principios organicos

c) O seu valor

61 — Systema de Antoine Pillet:

a) Caracteres;

b) Alcance;

e) Bases.

§ 3°

Doutrinas da comunidade de direito

58 — Como vimos, a theoria dos estatutos baseava-se no principio exclusivista das legislações que eram consideradas como inimigas, não se admitindo por consequencia a sua applicação extrritorial, a não ser que qualquer razão de corte sia assim o exigisse. E' certo que a primeira escola francêsa admittia a extrritorialidade dos estatutos baseada em motivos de justiça, mas esta escola foi illogica, porquanto não respeitou o prin-

cipio fundamental que a inspirou. Na theoria dos estatutos os systemas legislativos coexistem tangencialmente, formando como que circulos que se tocam, mas não se compenetram. Cada um delles tem a sua esphera delimitada pelo campo da acção da soberania, não podendo estender-se até aonde esta não chega.

As novas doutrinas da renovação scientifica da theoria dos conflictos fundam-se num principio inteiramente diverso—o da *communidade de direito*, segundo o qual os systemas juridicos deixam de ser exclusivos, para se compenetrarem, por forma que as leis dum Estado tenham applicação no territorio doutros não por uma razão de *cortesia*, mas de *justiça*.

Assim como os povos não vivem isolados no ponto de vista scientifico, economico, ou no de qualquer outra manifestação da sua actividade, não podem tambem viver isolados no campo de direito. E' claro que a communidade de direito haveria na sua forma mais pura, se porventura todas as legislações fossem eguaes. Mas dada a fatal divergencia destas, só ha um meio de realizar a communidade de direito, que é o de formular regras pelas quaes o direito de cada Estado possa applicar se dentro dos outros, quando assim o exija a justiça, na regulamentação das relações juridicas.

Não são no entanto os escriptores harmonicos na determinação do principio da realização da

communidade de direito, e dahi varios systemas que vamos passar a expor.

59 — Foi a Allemanha que teve a glória da renovação scientifica da theoria dos conflicts, com os systemas de Waechter, de Schaeffner e de Savigny. A doutrinas renovadoras procuram dar áquella theoria solidez scientifica e precisão pratica para assim poderem affirmar a sua superioridade sobre a doutrina dos estatutos.

a) O systema de Waechter, que se determina pela funcção que elle attribue aos juizes em face das questões emergentes das relações privadas internacionaes, pode reduzir-se a duas regras fundamentaes: ou *ha lei expressa* ou *não ha lei expressa*.

No primeiro caso, isto é, quando o legislador dum pais tenha expressamente declarado qual a lei competente para regular uma determinada relação juridica internacional, o juiz applica essa lei.

No segundo caso, isto é, no do silencio da lei, o juiz deve investigar qual o espirito das suas prescrições e verificar se o legislador pretendeu dar a preferencia á legislação local ou á legislação estrangeira. Assim, o legislador, formulando leis sobre o casamento, apenas tem em vista as familias, cujo conjuncto constitue a sua nação, não pretendendo organizar as familias que constituem

outras sociedades, por vezes muito diferentes daquella para que legisla, e porisso as familias devem ser regidas pela sua lei nacional. Mas, no caso em que o espirito da lei não lhe dê indicação alguma, deve o juiz applicar a lei do Estado em nome do qual administra a justiça — *lex fori*. Fóra dos casos extremos, de disposição expressa e de falta de qualquer indicação, deve, pois, o juiz interpretar bem o sentido e o espirito da norma jurídica para escolher a lei applicavel.

Esta doutrina, procurando fugir ao principio da territorialidade, cahiu num grave erro que é do arbitrio do tribunal na determinação da lei competente para regular as relações jurídicas, todas as vezes que falte disposição expressa.

b) Schaeffner, reconhecendo, como Waechter, que o juiz deve investigar em primeiro lugar se a *lex fori* formula algum principio acerca da resolução do conflicto occorrente, para proceder á sua applicação, estabelece um criterio muito diferente para o caso do silencio da *lex fori*,

Em tal caso, as resoluções jurídicas devem ser regidas pela lei do lugar onde tenham origem. Segundo a expressão de Vareilles-Sommières, dá a cada relação jurídica uma *nacionalidade*, determinada pelo lugar do seu *nascimento*. Applicando este criterio ás diferentes relações jurídicas, decide, por exemplo — que o estado e a capacidade das pessoas devem ser regulados pela lei do

domicilio, pois é ahí que ellas se tornam capazes, — que a legitimação por subsequente matrimonio deve ser regulada pela lei do nascimento do filho, já que é ahí 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 capacidade para possuir bens — que os bens considerados *singularmente* devem ser regulados pela lei da sua situação, — que os effeitos dos contractos devem ser regulados pela lei do logar da celebração, etc. O criterio de Schaeffner é mais preciso que o de Waechter, pois já estabelece um ponto de referencia para as apreciações judiciaes, mas tem ainda muito de indeterminado e arbitrario, porisso que não só é muitas vezes difficil precisar a origem duma relação juridica, como nas successões, 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, como succederia no caso em que se realizasse em país estrangeiro o casamento de duas pessoas que accidentalmente lá se encontrassem.

c) Na segunda metade do seculo XIX appareceu a doutrina de Savigny que foi o grande systema da renovação da theoria dos conflictos.

Savigny foi o fundador da Escola Historica e o notavel cultor do direito romano, cuja analyse lhe suggeriu o seu systema, que é pelos seus fundamentos e pelos seus resultados o mais importante de todas as doutrinas allemãs.

Partindo do principio de que os systemas juridicos são divergentes nos differentes Estados, Savigny procurou determinar qual o systema juridico a que, dadas as innumeradas relações de todas as especies que se estabelecem entre os povos e vêm a transformar-se em relações juridicas, estão sujeitas as pessoas quando sahem do seu pais; e, verificando que a evolução social se tem realizado no sentido de approximar cada vez mais os povos por tal forma que elles começavam a aceitar regras juridicas communs e a reconhecer aos estrangeiros o exercicio legitimo da sua actividade dentro do respectivo territorio, reconheceu que as sociedades civilizadas viviam numa verdadeira *communidade de direito* e que a soberania longe de ter character *absoluto*, conduzindo os povos ao isolamento, tinha character *relativo*, contribuindo para a approximação dos povos na realização da unidade juridica. Mas a existencia da communidade de direito entre os Estados não implica a egualdade necessaria entre as legislações, o que não passa por ora dum ideal, significa, porém, que os systemas juridicos dos Estados não são, como julgavam os estatutarios, tangenciaes, exclu-

sivos, mas que se compenetraram, podendo as leis dum Estado ser applicadas num outro.

Para Savigny todo o problema de direito internacional privado funda-se no seguinte principio — *cada relação jurídica deve ser regulada pela lei mais harmonica com a sua natureza.*

Os estatutarios partem do principio da soberania territorial e dos seus limites, o que conduz logicamente á realidade dos estatutos, e se elles admittem a existencia dos estatutos pessoaes é por inconsequencia ou por razões de conveniencia ou cortesia. Para Savigny a territorialidade das leis é uma questão secundaria; o que, para elle, é preciso tomar em consideração é a natureza do facto juridico que o juiz tem de apreciar, e procurar depois a lei que deve applicar-se a este facto para resolver a difficuldade que se apresenta. E só esta lei deve ser applicada sem distinguir se é estrangeira ou nacional, o que não quer dizer que a lei estrangeira deve sempre ser applicada todas as vezes que a relação jurídica assim o exija, pois que ha leis sóberanas que organizam o interesse social, e sempre que a existencia ou a conservação da sociedade possa ser contrariada pelas leis estrangeiras, deverá dar-se o dominio á lei local. Exceptuando-se o caso em que a lei contrarie os interesses nacionaes, não se deve procurar saber de que soberania ella emana; o juiz deve applicar a lei que rege o facto juridico, ainda mesmo que tenha sido formu-

lada por um legislador estrangeiro; o lugar em que decorre o processo é indifferente; o que é decisivo, é a natureza do facto juridico.

Como determinar, porém, qual a lei mais harmonica com a natureza da relação juridica? Dentro da communidade de direito, diz Savigny, cada relação juridica tem a sua *séde legal*, isto é, está por natureza sujeita á lei dum pais, sendo portanto essa lei, *lei da séde*, a unica competente para regular tal relação.

Mas como deve determinar-se a séde das relações juridicas? A relação juridica é sempre o resultado da manifestação da vontade no sentido de constituir essa relação em harmonia com as disposições legaes, que regulam os effeitos que se tinham em vista ao estabelecer tal relação e, portanto, é o resultado do principio de submissão voluntaria a um direito determinado. Mas a vontade ou se manifesta pela escolha directa da lei ou pela pratica dum facto que determine a applicação della. Em qualquer dos casos, é sempre o principio da submissão voluntaria que determina a escolha da lei reguladora da relação que se estabelece. E' porisso que Savigny sujeita o estado e a capacidade das pessoas á lei do domicilio, pois que a vontade se manifestou na escolha desse domicilio; as relações de familia são egualmente reguladas pela lei do domicilio, pois que tambem na sua escolha se manifestou a vontade do chefe de familia, etc.

Passemos a applicações praticas do principio fundamental da doutrina de Savigny.

O estado e a capacidade civil devem ser regulados pela *lei do domicilio* das pessoas, por voluntariamente se lhe terem sujeitado, a não ser que a lei nacional do juizo contenha um preceito differente baseado no interesse economico ou moral do país. E' assim que um estrangeiro ao qual a lei do seu domicilio permite a polygamia não poderá, sendo já casado, contrahir novo casamento no territorio do Estado cuja legislação condemna a polygamia como immoral.

Savigny, attendendo ao principio de respeito pela soberania do Estado onde estão situados os bens, que são objecto de direitos reaes, e considerando que ha nos Estados leis que são de interesse geral, como as que respeitam á organização da propriedade, estabelece como séde de direitos reaes o logar da sua situação e portanto a *lex rei sitae*.

A séde das obrigações é o logar onde ellas se podem tornar effectivas, isto é, o logar da sua execução. No caso em que, porém, as partes não tenham declarado expressamente qual seja esse logar, é ao juiz que compete pela analyse do contracto determina-lo e applicar a lei do mesmo logar.

A lei reguladora das relações de familia é a do domicilio do chefe, visto que é este que lhe dá unidade.

A lei reguladora do direito successorio é a do domicilio do autor da herança, visto ser este a origem e a razão determinante destas relações.

Savigny determina ainda a lei que deve regular a forma externa dos actos, que é tambem para elle a lei do logar da celebração — *locus regit actum*, pois que é o Estado onde o acto se realiza que melhor conhece as formalidades que o devem revestir para assegurar a sua plena efficacia juridica.

A communidade de direito em que assenta a doutrina de Savigny não tem um character absoluto. A penetração de leis que a constitue não é completa, sendo limitada pelos interesses dos Estados que, embora evolucionem no sentido duma progressiva approximação, mantem, todavia, a sua independencia e autonomia. As leis estrangeiras não se applicam, porisso, dentro da esphera juridica dum Estado em dois casos: quando forem contrarias a uma lei interna rigorosamente obri-gatoria, como a lei que prohibe a polygamia, e quando respeitarem a instituições desconhecidas do Estado local, como a escravatura, pois que estas leis contrariam os altos interesses moraes dos Estados. Para Savigny os direitos da soberania limitam-se á sua conservação e defesa, e por isso todas as leis rigorosamente prohibitivas, que se inspiram num motivo de interesse commum, obrigam todos aquelles que habitam o territorio do Estado, qualquer que seja a sua nacionalidade.

Mas logo que o interesse geral não seja directamente offendido, os direitos soberanos do Estado em nada são compromettidos se se deixarem de applicar exclusivamente as leis que elle formulou para todas as pessoas e cousas que se encontrem no seu territorio, para só se attender á natureza do facto que se trata de apreciar.

As leis de interesse e ordem publica operam assim como limitações á realização da communi-
dade de direito. Como, porém, ellas só organizam os interesses proprios de cada Estado, os actos realizados contra as suas disposições só são nüllos no territorio desse Estado, sendo, porisso, feridos duma nullidade *relativa*. Assim o casamento contrahido por um turco em Portugal pela segunda ou terceira vez, sendo viva a primeira mulher, é nullo em Portugal, mas valido nos paises que admittem a polygamia.

O *systhema* de Savigny é profundo, emquanto procura fixar pela natureza das relações jurídicas 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 jurídicas e, porisso, com o perigo de levar ao arbitrio na resolução dos conflictos. « Querer procurar na natureza das coisas, escreve Pillet, a resolução do conflicto de leis, é uma ideia justa, mas não bastante precisa para servir de principio a uma doutrina. F, de facto, na investigação a que Savigny pro-

cede 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.

Apesar, porém, dos seus defeitos a theoria de Savigny representou um grande progresso na constituição da theoria dos conflictos, emquanto deu á applicação das leis estrangeiras uma base jurídica derivada da comunidade do direito entre os povos civilizados, desprendeu os espiritos da ideia feudal da territorialidade, mostrou a necessidade de attender á natureza das relações jurídicas na determinação da sua lei reguladora, e lançou a ideia de coordenação do interesse pessoal dos estrangeiros com o interesse geral do Estado local.

●● — A reacção começada pelas theorias allemãs contra o principio da territorialidade foi continuada e excessivamente desenvolvida pela escola fundada na Italia por Mancini, que pela primeira vez affirmou a sua doutrina em 1851, num discurso que ficou celebre, e mais tarde na sessão do Instituto de direito internacional de 1874.

a) Vejamos em primeiro lugar quaes as bases doutrinaes da escola italiana.

A *ordem jurídica*, dizia Mancini, é a *resultante do accordo entre a liberdade individual e os interesses da soberania* e desdobra-se em dois grupos de leis: leis de *ordem privada* e leis de *ordem publicæ*. As primeiras dizem respeito aos interesses dos individuos e organizam a liberdade individual; as segundas organizam os interesses da soberania, os interesses geraes da collectividade que forma o Estado.

As leis de ordem privada podem applicar-se fóra do territorio do Estado em que são formuladas, são *exterritoriaes*, porque assim como dentro dum Estado os interesses dos individuos não soffrem limitações injustas, fundadas nos interesses doutros individuos, assim tambem na ordem internacional esses interesses não podem deixar de ser respeitados, visto que os direitos de ordem privada pertencem aos individuos não como cidadãos dum determinado Estado, mas na sua qualidade de homens. Além disso, a exterritorialidade das leis de ordem privada deriva logicamente do facto de essas leis terem sido formuladas em harmonia com o modo de ser de cada sociedade politicamente organizada e de por consequencia serem as que melhor organizam e defendem os interesses dos seus nacionaes.

As leis de ordem privada podem classificar-se em dois grupos: direito privado *necessario* e direito privado *voluntario*.

O direito privado *necessario* é constituido pelo

conjuncto de leis que se impõem á vontade dos individuos, embora tenham por fim proteger e organizar os seus interesses, como as que dizem respeito ao estado e capacidade, á familia e á successão legitimaria. E como as leis privadas são formuladas tomando-se em consideração os meios geographico, ethnographico e sociologico, é pela *lei nacional*, unica que attende a esses elementos, que se deve determinar o direito privado *necessario*.

O direito privado *voluntario* é constituido pelo conjuncto de leis *suppletivas*, isto é, leis que as partes voluntariamente acceitam ou que traduzem a sua vontade quando ella não tenha sido expressa.

b) Vejamos agora quaes os principios organicos da nova doutrina.

São tres os principios organicos em que assenta a escola italiana: 1.º) *nacionalidade*; 2.º) *liberdade*; 3.º) e *soberania*.

1.º) Destacando as leis de ordem privada das de ordem publica, verificámos que a escola italiana determinava o direito privado *necessario* pela *nacionalidade* do individuo. É o principio da nacionalidade que produz a lei *pessoal* ou *exterritorial*, e por consequencia applicavel aos individuos fóra do seu pais.

2.º) O principio de *liberdade* envolve o conceito da *autonomia da vontade*, que já vem formulado desde Dumoulin, pelo qual é determinado

o direito privado *voluntario*, pois que a vontade individual é reconhecida a faculdade de escolher a lei reguladora da substancia e dos efeitos dos contractos.

3.º) Do principio da *soberania* derivam as leis de ordem publica, que são limitações á applicação de leis estrangeiras e têm caracter *territorial*.

E' com esta trilogia que a escola de Mancini realiza a communição de direito, limitada apenas pela applicação das leis de ordem publica, como no *systema* de Savigny.

A escola italiana fundada por Mancini, seguida por Esperson, Lomonaco, Fiore e continuada por Laurent e Weiss. proclamou, como se deduz do que fica exposto, o principio da *personalidade do direito* como o principio fundamental na resolução dos conflictos e a applicação da lei nacional das partes como criterio geral da regulamentação das relações das leis privadas internacionaes. Esta doutrina funda-se no principio de que o Estado é antes de tudo um aggregado de pessoas, de que, embora o mesmo Estado precise de um territorio para ser perfeito, o territorio é menos importante do que as pessoas, e de que, porisso, o Estado existe *pelas e para* as pessoas e é para as pessoas que as leis são feitas. Weiss resume a 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 reger-los,

em principio, em todos os logares e em todas as relações, salvas as excepções ou attenuações que resultam da *ordem publica internacional*, da regra *locus regit actum* e da *autonomia da vontade*. 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. A lei pessoal é, pois, a regra, e a lei territorial excepção na resolução dos conflictos.

c) A doutrina de Mancini exerceu uma influencia profunda na elaboração do codigo civil italiano. Algumas das suas disposições podem considerar-se como a redacção legal dos principios da escola. E' isto que resulta da analyse do Titulo preliminar, onde, no art. 6.º, se estabelece o seguinte: — « O estado e a capacidade das pessoas e as relações de familia são regidos pelas leis da nação a que elles pertencem. » Neste artigo está consignado o primeiro principio organico da escola, ao qual nos referimos anteriormente. Em muitos outros artigos que vamos transcrever se revela claramente a acção desta theoria no campo legislativo.

Os bens moveis estão sujeitos á lei nacional do seu proprietario, salvas as disposições contra-

rias da lei do país onde estiverem situados, e os bens immoveis estão sujeitos á lei do logar da situação (Tit. cit. art. 7.^o).

As successões legitimas e testamentarias, tanto no que respeitam á ordem da successão como relativamente á medida dos direitos successorios e á validade intrinseca das disposições são reguladas pela lei nacional do autor da herança, qualquer que seja a natureza dos bens e seja qual fór o país da sua situação (Tit. cit. art. 8.^o).

A forma extrinseca dos actos entre vivos e de ultima vontade é regulada pela lei do logar da celebração. Os disponentes ou contractantes têm, porém, a faculdade de seguir a sua lei nacional, comtanto que esta seja commum a todas as partes (Tit. cit. art. 9.^o).

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).

A competencia e a forma de processo são reguladas 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 forma estabelecida pelo código de processo civil; 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).

As leis penaes e de policia e segurança publica obrigam todos os que se encontram no territorio do reino (Tit. cit., art. 11.^o).

Em caso nenhum as leis, actos e sentenças dum país estrangeiro bem como as disposições e convenções privadas, poderão derogar as leis prohibitivas do reino que respeitam as 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).

Mas qual o valor desta theoria como construcção doutrinal? Ella parte do conceito da ordem juridica como resultante do accordo entre a liberdade individual e os interesses da soberania, o que fundamenta a divisão de todas as normas legaes em dois grandes grupos: leis de ordem publica e leis de ordem privada. A admissão das leis d'ordem publica, absolutamente territoriaes, para a defesa dos interesses proprios de cada Estado é evidentemente justa. E' justo ainda que haja leis exterritoriaes; mas será a nacionalidade base segura e juridica das leis pessoaes? Mancini, partindo do principio de que as leis são feitas para as pessoas, não arbitrariamente, mas segundo as condições ethnologicas, geographicas, sociologicas etc., entendeu que era a lei do

país do individuo, a sua lei nacional, que melhor se harmonizava com o seu modo de ser, e que, portanto, melhor poderia organizar a sua vida juridica. Os factos, porém, contradictam um pouco o principio. As sociedades que compõem os Estados modernos estão longe de ser homogeneas, sendo por vezes formadas por grupos divergentes, pela civilisação, religião, raça, etc. Desta forma o legislador dum país não pode na maior parte dos casos formular disposições harmonicas com os interesses de todos aquelles para quem são dadas, tendo de contentar-se com legislar bem para a maioria. Sendo assim, não poderá dizer-se que é a lei nacional a que melhor se harmoniza com o modo de ser dos individuos.

Pelo que respeita ao principio da liberdade, donde deriva a autonomia da vontade, não foi Mancini inovador: a autonomia da vontade já se encontrava formulada desde Dumoulin. Mas será justo este principio? E' discutivel e nós teremos occasião de o apreciar mais tarde. Por agora só diremos que elle não pode ter a extensão e o valor que ~~todas~~ as escolas ^{italiana} lhe attribuem.

Para Mancini, como para Savigny, as leis de ordem publica são uma limitação á comunidade de direito e representam uma excepção perante a regra geral constituida pelas leis pessoas ou extraterritoriaes. Aqui está o vicio fundamental da doutrina, que é o opposto do vicio de que informava a doutrina dos estatutarios. Esta exaggerou

a territorialidade das leis, aquella a personalidade do direito. A theoria estatutaria era a *territorialidade com excepções*, porque era a *supremacia juridica* do interesse do Estado local sobre o interesse dos estrangeiros, a theoria italiana é a *personalidade com excepções*, o predominio do interesse estrangeiro sobre o interesse do Estado local. Aquella dá o predominio á collectividade, esta ao individuo.

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 excepção, ou vice-versa. A protecção juridica deve ser parallela. O *systema* nacional 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 é racional o principio de que a personalidade deve predominar sobre a territorialidade por as leis serem feitas para as pessoas e de que o Estado existe por e para ellas, pois que não deixam as leis territoriaes de defender tambem os interes-

ses individuaes, defendendo os interesses da collectividade. As leis que defendem os interesses geraes são, como as que defendem os interesses particulares, feitas para as pessoas.

Apezar dos seus vicios, a escola de Mancini 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 atrazado systema da reciprocidade, e por outro, frizando bem a ligação intima entre os individuos e as leis que organizam a sua protecção jurídica, indicou o motivo por que essas leis os devem acompanhar nos países estrangeiros e por que nestes devem ser reconhecidas e applicadas. Este reconhecimento e applicação representam a melhor concretização do principio da comunidade de direito dos povos civilizados, que constitue a base de todo o direito internacional.

61 — As doutrinas allemãs e italianas foram a reacção necessaria contra a territorialidade, que era o fundamento da doutrina estatutaria. Mas como vimos, estas doutrinas, propondo-se eliminar o vicio fundamental daquella, cahiram no vicio opposto, de subordinar o interesse geral ao interesse individual, a collectividade ao individuo. A resolução do problema, como anteriormente disse-

mos, não pode deixar de assentar no parallelismo da realidade e personalidade, de cuja coordenação deve resultar a verdadeira theoria dos conflictos.

Foi o que procurou fazer Antoine Pillet, o sabio professor de direito internacional privado da Universidade de Paris, na sua notavel theoria sobre o conflicto de leis, onde as leis de ordem publica apparecem não como limitação á communi-
dade de direito, mas como principio que, com as leis de ordem privada, realiza essa communi-
dade.

Vejamos em poucas palavras o *systema* de Antoine Pillet, que foi primeiramente exposto no *Journal de droit international privé* e mais tarde, em 1903, na sua obra notabilissima, intitulada *Principes de droit international privé*.

a) Este brilhante internacionalista começa por definir a *lei internacional* que é para elle o *systema de conciliação destinado a fixar os limites nacionaes da autoridade respectiva das diversas legislações em todos os casos em que o commercio internacional produz o conflicto entre os seus principios*, a qual, para que se possa considerar como tal, tem de possuir os seguintes caracteres: 1.º) *certeza*, pela fixação dos principios sufficientes para facilitar a missão dos juizes e garantir a segurança das partes. A certeza é uma qualidade preciosa para o juiz e mais preciosa ainda para as partes, porque um direito incerto é antes uma

ameaça do que um socorro; 2.º) *character obri-*
gatorio, pela sujeição dos Estados e dos indivi-
duos 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 coor-
denado com o principio da applicação da lei *mais*
competente para se regular uma determinada re-
lação juridica; 3.º) *maior respeito possivel* das
leis nacionaes no dominio das relações internacio-
naes, de modo que na resolução dum conflicto
apenas se sacrifique da lei de cada Estado o que
for indispensavel para a justa conciliação das so-
beranias.

b) Organizado o *systema* em que se verifi-
quem todos estes caracteres, o acto que se rea-
liza em harmonia com as suas prescripções é um
acto internacionalmente justo e, por consequencia,
internacionalmente valido, isto é, valido em toda
a extensão da commuidade internacional e po-
dendo produzir effeitos em todos os Estados que
dessa commuidade fazem parte, emquanto estes
effeitos forem compatíveis com as leis e institui-
ções locaes, pelo contrario, o acto que for prati-
cado contra os preceitos deste *systema* é inter-
nacionalmente injusto e internacionalmente nullo.

c) Mas como organizar este *systema*, ou
seja um conjuncto de principios certos, obrigatorios

e respeitadores o mais possível das leis nacionaes? Eis-nos em face do problema que Pillet procura resolver.

Pillet parte do seguinte principio: uma solução internacional dos conflictos deve derivar da *natureza da lei como expressão da vontade soberana do legislador*, porquanto resultando 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 ellas teem nas relações interiores, é o processo mais seguro para chegar ao terreno commum em que a solução dos conflictos poderá ser obtida.

Mas que qualidades de lei são essas que devemos tomar em consideração? O legislador quando formula a lei entende que ella é de *aplicação geral*, isto é, que se applica a todos os individuos que se encontrem no territorio do Estado, e tambem que é de *aplicação permanente*, isto é, que é obrigatoria para os nacionaes emquanto não fôr revogada, de maneira que todas as leis na sua acção interior são para elles *territoriaes e extritoriaes*. Isto, porém, só se daria se tomassemos em consideração apenas a autonomia dos Estados, mas hoje não podemos olhar os Estados só na sua autonomia, mas devemos tambem olhar nas mutuas relações de solidariedade, que tornam incompativel a simultaneidade das duas qualidades, devendo sacrificar-se na ordem internacional ou a

generalidade á permanencia ou a *permanencia* á generalidade. A lei ou hade ser territorial, applicando-se por consequencia aos nacionaes e estrangeiros que se encontrem no territorio, ou *exterritorial*, acompanhando os nacionaes no estrangeiro e deixando, reciprocamente, de applicar-se aos estrangeiros no territorio do legislador. Sacrificando a generalidade, é exterritorial, e acompanha os nacionaes em pais estrangeiro; sacrificando a permanencia, é territorial, e applica-se só aos individuos que estiverem dentro do Estado legislador, mas applica-se a todos que ahi se encontrarem. O problema está, pois, em determinar quaes as leis que devem ser consideradas territoriaes e aquellas que devem tornar-se exterritoriaes.

Mas como distinguir as leis de applicação geral das de applicação permanente, isto é, as leis territoriaes das exterritoriaes? Pillet julga que o melhor criterio a seguir é attender ao effeito social das leis e assim ellas serão territoriaes ou exterritoriaes consoante melhor realizarem a funcção a que se dirigem. O legislador não formula as leis arbitrariamente, elle tem um fim, uma missão social a realizar. E' o fim da lei que nos deve guiar na solução a dar aos conflictos que se apresentarem. Se analysarmos as leis, notamos que ellas só podem ter um de dois fins: ou regular a situação juridica dos individuos ou organizar o meio em que elle vive, isto é, disciplinar a vida

dos individuos em sociedade, realizando o accordo dos interesses divergentes. Estes interesses são de duas especies: — interesses communs a todos os membros da sociedade e 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 dos dois destinos, ou proteger os individuos, ou garantir a ordem social. Dahi a divisão das leis em dois grupos: *leis de protecção individual* e *leis de garantia social* ou *de ordem publica*. segundo attendem aos interesses *pessoaes* de cada um ou aos interesses *impessoaes* da collectividade. Mas a efficacia da protecção depende da sua constancia, e por consequencia as leis de protecção individual só poderão realizar o seu fim, acompanhando os individuos para fóra do seu pais, assim como a ordem publica só será assegurada quando as leis de garantia social forem obrigatorias para todos, nacionaes ou estrangeiros, que se encontrem no territorio do Estado.

Esta classificação de leis com a respectiva qualificação de exterritoriaes ou territoriaes completa os elementos fundamentaes da doutrina de Antoine 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 funcção 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 exterritorialidade 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 parallelas de igual valor. «Não temos uma regra e uma excepção, como queria a escola italiana, mas duas regras parallelas, fundadas no mesmo principio, dotadas do mesmo valor».

Alem das leis de protecção individual e de garantia social, unicas leis verdadeiras emquanto obrigam as pessoas á pratica ou á omissão de determinados actos, refere-se Pillet ás *leis suppletivas* ou *interpretativas*, que são antes leis de *conselho* do que leis de *ordem* e deixam ao individuo a liberdade de a 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 de autonomia de vontade formulado por Dumoulin e seguido depois geralmente pelos internacionalistas; e ainda ás *leis de fórma*, a que assi-

gnala uma natureza mixta entre as leis obrigatorias e as leis facultativas, já que a forma 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.

Resta nos agora saber qual o processo pratico para discriminar as leis de protecção individual das de garantia social.

Ha dois processos: um *directo*, outro *indirecto*. O primeiro consiste em saber qual o fim que o legislador tem em vista ao legislar. Assim, por exemplo, o legislador estabelecendo leis de direito publico, visa directamente a garantir a ordem social, e formulando preccitos relativos ao estado e capacidade, ás relações de familia, ás successões legitimas, não resta a menor duvida de que procura proteger os interesses individuaes. Mas em muitos casos pode este processo não dar uma solução satisfactoria, teremos então de recorrer ao processo indirecto, que consiste em attender aos resultados da infracção da lei: se a violação da lei acarretar apenas prejuizo para uma determinada pessoa, teremos uma lei de protecção individual; se, pelo contrario, a infracção der logar a prejuizos de incidencia social, teremos uma lei de garantia social. Assim, as leis que prohibem os estabelecimentos de fabricas de explosivos proximos das povoações, são de garantia social, pois que no caso de haver uma explosão os efeitos desta

incidiriam sobre todos aquelles que fossem alcançados pelo accidente. A lei que prohibe ao individuo doar todos os seus bens é de protecção individual, visto que no caso de a doação se realizar o unico prejudicado seria o doador.

Com estes dois instrumentos de analyse podemos distinguir as leis de protecção individual das leis de garantia social. Mas que leis de protecção individual se devem applicar aos individuos quando estejam fóra do seu territorio? Segundo a theoria estatutaria e segundo a doutrina de Savigny devem ser as do seu domicilio. A escola italiana sustenta, porém, que as leis pessoaes devem ser as da nacionalidade do individuo, fundando-se em que são as unicas que o podem proteger visto terem sido formuladas em harmonia com os seus meios geographico, ethnographico e sociologico. Se o principio é verdadeiro, as razões em que se funda não são satisfactorias, pois nem todos os Estados são nações no sentido rigoroso da palavra, sendo as leis feitas para milhões de individuos sem afinidades de especie alguma. Pode elle ter uma razão politica ou antes uma razão metaphisica por não ter base na realidade das coisas, mas não tem uma razão juridica. Esta foi determinada por Pillet. A humanidade apparece dividida em Estados, que têm a sua razão de ser na necessidade de organizar os interesses dos individuos. Sendo assim, os Estados têm o direito e o dever de proteger os nacionaes, onde quer que

estes se encontrem. E' do direito e dever do Estado, de proteger os nacionaes, que Pillet faz derivar a applicação da lei nacional aos estrangeiros, sempre que se trate das leis de protecção individual.

Confrontando o systema de Savigny e o de Mancini com o systema de Pillet, verificamos que enquanto nos primeiros as leis de interesse e ordem publica, que representam uma excepção, operam como uma limitação á comunidade de direito, no ultimo a comunidade de direito é realizada tanto pelas leis de garantia social como pelas de protecção individual. Para Pillet as leis que organizam uma collectividade devem ser respeitadas por todas as outras, devendo ser feridos de nullidade absoluta todos os actos praticados contra as suas prescripções, contrariamente ao que succedia no systema de Savigny em que essa nullidade era relativa. E' esta a maior innovação que Antoine Pillet trouxe para a organização scientifica do direito internacional privado. Uma outra innovação encontramos ainda no systema de Pillet, que consiste em não se contentar, como Savigny e Mancini, com a ideia vaga da natureza da relação juridica, mas em determinar a natureza da lei pelo seu fim, visto que a lei não existe senão em vista do seu fim social.

§ 4.º — DOCTRINA ANGLO-AMERICANA

62 — Caracteres :

- a) Separação das doutrinas continentaes;
- b) Assimilação do systema estatutario hollandês.

63 — Tendencias.

§ 4.º

Doutrina anglo-americana

62 — A doutrina anglo-americana, assim designada por se ter desenvolvido na Inglaterra e Estados Unidos da America do Norte, merece especial referencia por não terem estes dois paises acompanhado a evolução doutrinal do continente, constituindo como que um mundo áparte, o que imprime á sua theoria dos conflictos um cunho especial, que muito a separa das que temos estudado.

a) Duas foram as razões fundamentaes que determinaram o afastamento do direito inglês do direito continental—*a falta de influencia do direito romano e a influencia do regimen feudal*. No continente, o direito romano exerceu uma notavel influencia, quer constituindo o proprio fundo da tradição juridica, quer como lei vigente, quer ainda

como direito subsidiario. A doutrina estatutaria teve, como vimos, a sua origem nos commentarios ao Codigo Justiniano. O estudo do direito romano suggeriu a Savigny o seu systema de conflicts. No imperio germanico o direito romano foi a lei vigente durante muito tempo. Entre nós, como entre quasi todos os Estados continentaes, o direito romano foi até ha pouco invocado como direito subsidiario para a resolução das questões omissas. Na Inglaterra a influencia do direito romano foi insignificante, como insignificante foi a influencia da theoria dos estatutos nelle baseada.

O systema juridico inglês forma-se depois da conquista da Inglaterra pelos normandos, da qual resultou uma organização militar e feudal com base na posse da terra, que em breve se enraizou e trouxe como consequencia a absoluta territorialidade das leis. Estas são destinadas a garantir a posse da terra que é a base da soberania e, por isso, só podem applicar-se dentro do territorio onde essa soberania se torna effectiva e a todas as pessoas que nelle se encontrem.

b) Não obstante ser insignificante a influencia do direito romano e ser o direito inglês fortemente territorialista, não significa isto que a Inglaterra ficasse absolutamente estranha ao movimento doutrinal continental. A escola estatutaria não foi alli desconhecida. Como já anteriormente notamos, a

escola estatutaria passou fundamentalmente por tres phases: escola italiana, escola francêsa e escola hollandêsa. A escola italiana era largamente analytica e procurava determinar a lei applicavel ás relações internacionaes guiando-se por um criterio de justiça. A escola francêsa, tal como foi organizada por D'Argentré, foi accentuadamente territorialista. A lei pessoal representava uma excepção, mas esta baseava-se numa razão de justiça. A escola hollandêsa põe completamente de parte a razão de justiça invocada por D'Argentré como fundamento da extritorialidade, e defende a doutrina de que todas as leis são territoriaes. E, se por vezes os Estados consentem que dentro do seu territorio se applichem leis estrangeiras, é não porque os principios de justiça o imponham, mas por razões de conveniencia ou de cortesia internacional.

Dos tres systemas o que mais se conformava com as ideias, que o feudalismo radicara no espirito inglês, era da escola hollandêsa, e por consequencia era este o que mais facilmente devia ser assimilado. Mas a Inglaterra não assimilou integralmente a doutrina da escola hollandêsa; modificou-a, como era natural, adaptando-a ao meio em que ella ia diffundir-se. Vejamos como.

A escola hollandêsa admittia tres especies de estatutos: reaes, pessoaes e mixtos. O estatuto real era o que se applicava dentro do territorio do Estado, e só ahi, tanto a nacionaes como a ex-

trangeiros. Este estatuto foi completamente assimilado pelo direito inglês, o que facilmente se explica por ser este estatuto o que mais se conformava com o exclusivismo territorialista daquelle direito.

O estatuto pessoal não foi tão facilmente assimilado pelo direito inglês como o real. O estatuto pessoal era para a escola hollandêsa o que se referia às pessoas, podendo applicar-se fóra de país que o formulava, como as leis reguladoras do estado e capacidade civil do individuo, das relações de familia, etc. A incompleta assimilação do estatuto pessoal pela Inglaterra deve-se já ao facto de elle ser contrario á territorialidade dominante no seu direito, já á tenue influencia do direito romano. Neste direito existia o principio — *ubi forum ibi jus*, isto é, a lei do tribunal é a lei competente para regular uma relação jurídica. Os estatutarios, partindo do principio de que o tribunal mais competente para conhecer dos actos do individuo é o do seu domicilio e forçando um pouco a regra do direito romano, concluíram que era a lei do domicilio a que devia regular a situação jurídica da pessoa, isto é, que a lei do domicilio era o estatuto pessoal. Este principio de direito romano, modificado pelos estatutarios, não era conhecido na Inglaterra e dahi resultava ser o individuo demandado no logar em que se encontrasse, applicando-se a lei desse logar, a lei territorial.

O estatuto mixto era para a escola hollandêsa

o *locus regit actum*. Este estatuto tambem foi assimilado com difficuldade pelo direito inglêz, o que de certo encontra a sua razão principal no seguinte facto: no continente exigia-se a intervenção do official publico na celebração de certos actos como condição necessaria da sua validade. Ora o official publico só conhecia a lei do logar da celebração do acto e era essa a que elle applicava. Na Inglaterra, porem, a intervenção do official publico, para dar aos actos a solemnidade e garantia de que precisam, caiu em desuso, de forma que ás partes era dada a liberdade de acautelar os seus interesses e de os provar como melhor entendessem. Dahi a difficuldade em assimilar o principio *locus regit actum*.

63 — Até aos meados do seculo XIX a jurisprudencia inglêsa funda-se nas bases a que acabamos de nos referir. Depois desta epocha, porem, opera-se no conjuncto da doutrina anglo-americana uma transformação no sentido de abrandar muito o rigor das suas antigas soluções. Considerando a theoria dos conflictos de leis como um capitulo da lei interna dos seus paises, os juriconsultos da Inglaterra e dos Estados Unidos apresentam uma tendencia accentuada em não admittir a cortesia internacional como razão unica, nem principal, da applicação da lei estrangeira; estes juriconsultos reconhecem a influencia dum verdadei-

re direito internacional, que obriga a pôr de parte a lei territorial para se applicar a de um outro país. Para conciliar esta nova maneira de ver com a velha ideia da territorialidade da lei local, que só excepcionalmente era posta de parte fundando-se na *Comitas gentium*, elles affirmam que os preceitos essenciaes do direito internacional privado estão implicitamente contidos no seu direito consuetudinario local, que não pode racionalmente estar em contradicção com o que o raciocinio juridico e a equidade mandam em materia de conflictos de leis. Assim, seguindo o direito internacional privado, é a *Common Law* que elles pretendem applicar. Com esta subtileza elles chegaram a approximar-se, em certa medida, das ideias geraes admittidas no continente e a adoçar o carácter exclusivo da sua antiga doutrina. Comtudo, como a jurisprudência é soberana em semelhante assumpto e como não é dominada por nenhum principio dirigente, é com completo arbitrio que os juizes inglêses e americanos consideram, a seu modo, uma regra de direito internacional privado como admittida ou rejeitada pelo seu direito consuetudinario local; dahi uma diversidade de soluções que não permite uma synthese da sua doutrina e que deixa os interessados sem indicação segura.

Os principaes representantes da doutrina anglo-americana são: nos Estados-Unidos, Story — *Commentaries on the conflicts of Laws*, Beach

Lawrence — *Commentaries on international Law*,
Wharton — *A treatise on the conflict of Laws,*
or Private international Law; na Inglaterra,
Robert Phillmore — *Commentaries on interna-*
tional Law, Westlake — *A treatise on private*
international Law or the conflicts of Laws, Dicey
— *The Law of domicile*.

* * *

Nota — Não houve ainda em Portugal uma escola de conflictos de leis, mas apenas reflexos das doutrinas dos outros países, o que nos impede de tratar este assumpto num paragrapho especial. As doutrinas estrangeiras, á maneira que iam apparecendo, reflectiam-se em Portugal, tendo havido para todas as escolas escriptores portuguezes que perfilharam as suas doutrinas.

Como representantes da escola estatutaria encontramos em primeiro logar o praxista Velasco, que na consulta 182 versa a questão dum testamento feito em Portugal ou no estrangeiro sobre bens sitos fóra ou dentro do país, procurando, a respeito deste caso, determinar a lei reguladora do estado e capacidade, da forma e da propria substancia do acto, entendendo que os immoveis devem ser regulados pela *lex rei sitae*, a forma pela lei do logar da celebração — *locus regit actum*. Relativamente á lei reguladora da substan-

cia do acto, hesita. não dando uma resposta firme. como a não havia dado a escola estatutaria.

Mello Freire é largamente territorialista. Para elle os estrangeiros enquanto viverem no país, são súbditos territoriaes, sujeitos ás leis e ao imperio do Estado local como os nacionaes.

Borges Carneiro e Coelho da Rocha são ainda influeuciados pelas doutrinas estatutarias, mas escreveram já no seculo XIX. Estes notaveis jurisconsultos são ainda territorialistas, mas admittem excepções varias ao principio. É assim que Borges Carneiro, tratando dum testamento feito por um portuguez em país estrangeiro, opina que este tem de se subordinar á lei portugueza, o que é admittir a exterritorialidade. Coelho da Rocha, no seu livro *Instituições de direito civil portuguez*, classifica as leis, tomando por base o objecto em *reaes e pessoaes*, e diz: « Dizem-se *reaes* aquellas que se occupam das coisas, abstrahindo de quem as possui, como as que regulam a propriedade, a transmissão de bens. *Pessoaes*, aquellas que fixam o estado e condição das pessoas, como as que versam sobre os matrimonios, poder maternal, filiação. As primeiras obrigam todos aquelles que possuem bens no territorio onde ellas regem, ainda que sejam estrangeiros. As segundas obrigam somente os cidadãos da nação respectiva, mesmo em países estrangeiros. »

Como reflexo da doutrina de Savigny apparece a obra de Lucas Falcão — *Do direito internacio-*

nal privado, em que o auctor põe de parte o principio de cortesia como fundamento da applicação das leis estrangeiras. Entende que as relações juridicas devem ser reguladas pela lei mais harmonica com a sua natureza, que é a doutrina de Savigny. O sr. Dr. Teixeira d'Abreu tambem se mostra, no seu livro — *Das relações civis internacionaes* — partidario da doutrina de Savigny, que elle no entanto modifica com a substituição da lei do domicilio pela nacional como a mais competente para regular o estado e capacidade civil dos individuos. Nesta orientação segue tambem o Sr. Dr. Alberto dos Reis no seu livro — *Das successões em direito internacional privado*.

Tambem a escola de Mancini exerceu entre nós a sua influencia, como se nota pela leitura da *Introdução ao estudo do direito internacional privado*, do Sr. Dr. Guimarães Pedrosa.

Resta-nos agora saber qual a escola por que se teria orientado o legislador do código civil português quanto á resolução dos conflictos.

Este código foi elaborado pelo Visconde de Seabra na decada de 1850, isto é numa epoca em que a doutrina de Savigny era já bastante conhecida. Ter se-hia elle orientado pelo systema do grande sabio allemão ao redigir os preceitos dos artt. 24.º, 26.º etc.? O professor da Universidade de Paris, Weiss, em resposta a uma consulta que alguns advogados portugueses lhe haviam feito sobre uma questão que se ventilou nos tribunaes

de Lisboa, disse que os escassos preceitos de direito internacional do código civil portuguez eram inspirados na doutrina estatutaria, cuja existencia scientifica era velha, sendo já abandonada ao tempo da sua elaboração. Não nos parece acertada a opinião de Weiss: numa das *Respostas* a uma das *Apostillas* de Moraes de Carvalho, o autor do código civil portuguez, em referencia aos artigos de direito internacional privado correspondentes aos artt. 24.º, 26.º, etc., não só se mostra conhecedor da doutrina de Savigny como manifesta grande admiração por este escriptor, a quem chama *profundo*, e confessa estar de accordo, até certo ponto com as suas doutrinas. Em face disto a opinião de Weiss affigura-se-nos insustentavel.

E em que escola se teria inspirado o autor do código commercial portuguez? Como se vê das seguintes palavras do Relatorio do mesmo código, o seu autor não teve preocupação de escolas: «Sob dois aspectos se propoz o novo código observar esta tendencia geral: harmonizar o mais possivel, sem prejuizo do nosso direito geral, e dos usos e interesses do commercio portuguez, as disposições que houvessem de ser incluidas no *projecto*, com aquillo que se pode considerar direito commum das nações civilizadas; formular regras que traduzam quanto possivel as prescrições do direito internacional e as deliberações tomadas em congresso ou accordos diplomaticos. No intuito de conseguir o primeiro fim proposto *tiveram-se sem-*

pre presentes os mais adiantados e recentes codigos commerciaes estrangeiros, e neste sentido serviram de base principal aos trabalhos preparatorios do nosso codigo, e pelas razões já declaradas, ás reformas da legislação mercantil feitas em Espanha e Italia. E com respeito a este ultimo, considerado talvez o mais perfeito da Europa, cumpre dizer que a Roumania, p opondo-se ultimamente, como nós, reformar a sua legislação commercial o adoptou como typo para os seus trabalhos. No proposito de alcançar outro fim, e no que nunca é de mais repêtir, só havia a seguir o louvavel precedente estabelecido no nosso codigo civil, especialmente nos artt. 24.º a 27.º, examinaram-se attentamente as discussões e os trabalhos dos congressos especiaes e das convenções internacionaes, especialmente os do congresso de Antuerpia ».

De maneira que, se não puder resolver uma questão de direito civil internacional pelos preceitos inseridos no codigo civil, o jurisconsulto deve recorrer ao systema de Savigny e ahí procurar oselementos para a sua resolução. E como o direito commercial é excepção e o civil a regra, sempre que não pudermos resolver as questões nem pelo codigo commercial nem pelo codigo civil, devemos inspirar no systema de Savigny, visto que foi neste que o Visconde de Seabra se inspirou.

§ 5.º — LINHAS GERAES DUMA DOCTRINA POSITIVA PARA
A RESOLUÇÃO DOS CONFLICTOS DE LEIS.

- 64 — Critica geral das doutrinas continentaes:
a) Razões da sua orientação.
- 65 — Tendencia positiva e critica.
- 66 — Critica geral da doutrina anglo-americana.
- 67 — Valor dos systemas doutrinaes na elaboração do direito positivo.
- 68 — Analyse dos textos de direito internacional privado
- 69 — Resultados da analyse:
- I — Principio da communitade de direito;
 - II — Connexão das relações jurídicas com determinadas leis: a) leis pessoais; b) leis suppletivas; c) leis de forma; d) leis territoriaes;
 - III — Principio que preside á connexão da relação jurídica com determinadas leis;
 - IV — Efficacia e valor dos actos praticados em harmonia ou contra a lei competente.

§ 5.º

Linhas geraes duma doutrina positiva
para a resolução dos conflictos de leis

64 — Tendo estudado os systemas de conflictos de leis que historicamente se apresentaram e que mais se salientaram, vamos agora traçar as linhas geraes duma theoria positiva para o mesmo

fim. Antes, porém, de entrarmos propriamente neste assumpto, é conveniente fazer uma critica geral e rapida das doutrinas apresentadas.

O character geral das doutrinas, estatutaria, de Savigny, italiana e de Pillet, é serem construcções theoricas e racionais e não doutrinas positivas, edificadas em observações rigorosas dos factos. Em vez de assentarem exclusivamente nos factos por que se revela o direito internacional privado, estas doutrinas são fundamentalmente theoricas.

a) Quaes as razões dessa orientação? Em primeiro lugar, e aqui está a razão fundamental, todas aquellas doutrinas se constituíram e desenvolveram em epochas em que os preceitos de direito internacional positivos, quer os formulados nas leis internacionaes e nos tratados, quer os constituídos pelo costume internacional, eram ainda muito escasos e absolutamente insufficientes para a regulação das relações privadas internacionaes, que os progressos da civilização haviam creado. Em presença deste facto e impellidos pelas exigencias da vida internacional, os escriptores viram-se na necessidade de fazerem obra propria, idealizando systemas e supprindo com os recursos da razão o que a mingua de factos lhes não podia dar. Em segundo lugar, apparece a escola do direito natural, uma das mais notaveis na evolução scientifica da philosophia do direito, que, pela dou-

trina que sustentava, não podia deixar de exercer sobre os *systemas* de conflictos de leis uma influencia favoravel ao seu racionalismo. Os philosophos juristas da escola do direito natural concebiam o direito como um producto da razão humana, ligando ao homem, como elemento essencial da sua propria existencia, um complexo de direitos chamados *originarios* ou *absolutos* dos quaes todos os outros emanavam. Pelo raciocinio sobre a propria natureza humana organizava-se um *systema* de direito ideal e perfeito, constituido por principios universaes e immutaveis, que servia de modelo ás normas juridicas legisladas; sendo dever do legislador reconhecer e proteger esses direitos, como fonte e origem de todos os outros. Não havia, pois, que estudar o desenvolvimento historico dos institutos juridicos, para descobrir as leis que presidem á sua evolução, bastando ao legislador auscultar o coração humano, onde a natureza gravara os principios immutaveis e universaes do direito para os traduzir em preceitos, conforme os dictames da sua razão.

Vê-se como esta doutrina, que tanto dominou no seculo XVII e XVIII, havia de influir no espirito dos internacionalistas de maneira a desvia-los da analyse conscienciosa e aturada dos principios legislados de direito internacional. O proprio Savigny, apezar de fundador da Escola Historica, não conseguiu subtrahir-se a essa influencia. Sectarios da escola do direito natural, os juristas orga-

nizaram systemas completos, pondo completamente de parte os factos.

E' certo que esta razão não explica o cunho theorico e racionalista das doutrinas estatutarias, que são anteriores ao apparecimento do direito natural, mas isso tem a sua explicação na falta de preceitos de direito internacional privado.

Em terceiro lugar, não deixou tambem de contribuir para esta orientação a confusão entre o momento legislativo e o momento judiciario do direito. Os escriptores não diferenciavam o direito législado, o positivo, daquelle que representava apenas uma idealidade. Deste modo as theorias representavam meras especulações scientificas, embora de grande valor, que os juriconsultos apresentavam aos juizes como se fossem principios de direito já reduzidos a formulas legais.

Finalmente, esta orientação deve-se tambem ao facto de os autores das doutrinas continentaes tomarem para base das suas doutrinas um principio de direito internacional publico. Assim Pillet assenta o seu systema de conflictos de leis na coordenação das soberanias.

63 — A tendencia positiva e critica, que a philosophia de direito tomou modernamente, não podia deixar de actuar e manifestar-se no campo de direito internacional privado, de modo a crear uma theoria positiva de resolução dos conflictos

fundamentada em indagações concretas de preceitos positivos de direito internacional formulados nas leis internas, nas convenções e no direito consuetudinario internacional.

Esta nova orientação que é positiva, porque as suas construcções são simplesmente legítimas inferências da vida social, e critica, porque depois de observada a realidade dos factos procura mostrar até onde elles se harmonizam com os principios juridicos e onde estão em desacordo, representa u na reacção contra o racionalismo dos systemas anteriores. Segundo esta orientação não ha direito internacional privado senão quando a vontade dos Estados se manifesta no sentido de aceitar uma determinada norma de conducta, quer expressamente por meio de tratados, quer tacitamente por meio de costumes, ou ainda quando a vontade desses Estados se manifeste pelas leis internas, pelas quaes se obrigam para com os outros Estados a regular duma certa e determinada forma a situação juridica dos seus subditos. Ora, as theorias de que temos fallado não se ligam propriamente com o direito internacional, porquanto ellas não se bsaem numa manifestação da vontade comum dos Estados, não traduzem o seu modo de sentir, e porisso as suas soluções não podem ser tidas como preceitos de direito internacional, nem como inferencias do direito interno. São soluções puramente theoricas e racionaes

A nova orientação liga maior importancia aos

preceitos de direito internacional privado, formulados nas convenções ou nas leis internas, ou contidos nos costumes, e distingue o momento legislativo do momento judiciario, o direito constituido do a constituir, para não offerecer ao juiz um preceito theorico com o qual resolva as questões praticas que surjam.

E' principalmente na Allemanha e na Italia que esta orientação positiva e critica se tem manifestado. Kahn, Niemeyer e Zittelmann iniciam este movimento na Allemanha, sendo continuado na Italia por Anzilotti e Cavaglieri.

63 — Feita a critica geral das doutrinas continentaes, vejamos agora rapidamente o valor da doutrina anglo-americana, como *systema* de resolução de conflictos.

Esta doutrina baseada sobre os dados da jurisprudencia é fundamentalmente positiva. Mas se sob este ponto de vista a doutrina nos satisfaz, é certo que ella não nos satisfaz sob um outro ponto, qual é o de os seus autores negarem aos conflictos de leis character internacional, sustentando que os problemas de conflicto de leis são um capitulo do seu direito nacional. Esta concepção estreita das normas destinadas à solução dos conflictos nasce do facto de os escriptores inglêses e americanos não encararem o Estado na sua solidariedade com os outros Estados, unica base do

direito internacional, mas na sua autonomia soberana em face de todos os outros.

A doutrina anglo-americana, embora assente em bases positivas, está longe de poder ser incluída na nova corrente positiva e critica devido ao vicio fundamental da acanhada concepção do direito internacional.

67 — A critica que acabamos de fazer das doutrinas continentaes e das doutrinas anglo-americanas, não significa de modo algum que ellas sejam destituidas de valor e não possam fornecer-nos elementos valiosos para a elaboração duma theoria positiva da resolução dos conflictos. São sem duvida construcções aprioristicas cujo valor por isso mesmo é atenuado, mas não eliminado. O apriorismo destas doutrinas é por vezes mais aparente do que real. Algumas das suas soluções são uma interpretação scientifica das tendencias da vida internacional, como baseadas na vida social eram algumas das creações que a escola de direito natural reputava como meros productos da razão. E que isto assim é mostra claramente a analyse das differentes legislações, dos tratados, onde muitas das soluções apresentadas por estas doutrinas estão transformadas em normas positivas de direito. Assim, o codigo civil italiano traduziu em preceitos legislativos as soluções da escola de Mancini, no que foi seguido pelo codigo

civil espanhol; algumas convenções da Haya também foram inspiradas nos princípios formulados pelo Instituto de direito internacional, que por sua vez os colheira nas doutrinas de Mancini e Savigny.

Tendo assim os systemas doutrinaes exercido uma influencia tão intensa nos systemas legislativos sobre os quaes vae assentar a doutrina positiva que vamos apresentar, é porque esses systemas foram, como dissemos, a interpretação das tendencias da vida internacional não podiamos deixar de os estudar no seu desenvolvimento historico, pois que esse estudo nos ajudará a melhor comprehender as disposições concretas que nellas se fundamentam.

68 — Feita a crítica dos systemas doutrinaes, começemos a nossa construcção. Como já tivemos occasião de dizer, ella basea-se na observação dos factos e para que mais facilmente se possam tirar as conclusões, começaremos por uma analyse dos preceitos de direito internacional privado contidos em differentes legislações.

Observando a evolução legislativa, verificamos uma tendencia pronunciada no sentido de ampliar as regras dos conflictos em ordem a corrigir a indeterminação dos principios geraes e a definir cada vez melhor o regimen juridico internacional das relações juridicas. O estudo dalguns diplomas legislativos desde o codigo civil francês até ás leis

mais recentes sobre direito internacional privado, a que nos vamos referir, provar-nos-ha á evidencia a nossa asserção.

O código civil francês formula no art. 3.º as suas disposições sobre conflictos nos seguintes termos: «As leis de policia e de segurança obrigam todos os que habitam o territorio; os bens immoveis, mesmo os possuidos por estrangeiros, são regulados pela lei francesa; as leis concernentes ao estado e á capacidade das pessoas regem os francezes, ainda que residentes em pais 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 revela-se claramente a influencia da doutrina estatutaria, embora com uma lacuna e uma modificação. A lacuna esta 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.

Passando do código Napoleão ao código civil

italiano, promulgado em 1865, observamos que elle consagra o systema de principios geraes, manifesta a tendencia para regular especialmente o regimen internacional das relações juridicas e procura precisar as leis de interesse e ordem publica, como se verifica nos art. 6.º a 12.º doTitulo preliminar, a que nos referimos anteriormente (1), onde se encontram formulados os preceitos de direito internacional privado.

Este codigo, largamente influenciado pela doutrina da escola de Mancini, consagra claramente o principio da personalidade do direito, modificando com as excepções da *autonomia da vontade* quanto aos effeitos dos testamentos e dos contractos, da *forma 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 refiriam á ordem publica e aos bons costumes. E, se attendermos a que o mesmo codigo ainda formula principios quanto á lei reguladora da competencia dos tribunaes, da forma do processo e dos meios de prova, quanto á admissibilidade da execução das sentenças e quanto á lei reguladora do modo

(1) Vid pag. 311-313

de execução dos actos e sentenças estrangeiras, verificamos que elle desenvolveu largamente o systema apenas esboçado pelo codigo francês e procurou formular regras geraes para regular os grandes grupos das relações juridicas internacionaes de caracter privado.

Na legislação portugûesa, embora com menos precisão, encontramos tambem o systema de principios geraes com tendencia para a especialização. Não nos devemos admirar que o nosso codigo contenha menos preceitos internacionaes que o italiano, pois o nosso codigo civil, embora promulgado só em 1857, já estava organizado em 1856, muito antes por consequencia da promulgação do codigo civil italiano, começado a elaborar só em 1850; alem disso na Italia tinha acabado de manifestar-se uma grande escola a quem se devem os principios consagrados no codigo italiano, ao passo que entre nós o nosso meio juridico estava quasi alheio ás questões de direito internacional privado. Do confronto e approximação dos codigos civil e commercial portugûeses resulta que elles sancionam os seguintes principios:

1.º) O estado e a capacidade das pessoas são regulados pela sua lei nacional (cod. civ., artt. 24.º e 27.º; cod. comm., art. 12.º);

2.º) Os bens immoveis são regulados pela lei do logar da situação (cod. civ., artt. 24.º, 964.º e 1107);

3.º) A forma externa dos actos é regulada

pela lei do logar da celebração (cod. civ., artt. 24.º e 243o.º; cod. comm., art, 4.º, n.º 3.º);

4.º) A substancia e effeito dos contractos são regulados pela lei escolhida pelas partes e, no silencio das partes, pela lei do logar da celebração (cod. comm., art. 4.º, n.º 1.º);

5.º) O modo do cumprimento dos contractos é regulado pela lei do logar da execução (cod. comm., art. 4.º n.º, 2.º);

6.º) As sentenças proferidas no estrangeiro poderão ser executadas no pais depois de revistas pelas relações em juizo de deliberação (cod. civ., art. 31.º; cod. de proc. civ., artt. 1087 e segg.);

7.º) As leis, actos e sentenças estrangeiras não poderão tornar-se effectivos no pais, quando forem contrarios aos principios de direito publico portuguez ou aos principios de ordem publica (cod. comm., art. 4.º, § unico; cod. de proc. civ., art. 1088.º, § 1.º, n.º 5.º).

Consequentemente, apparecem nas leis portuguezas manifestações de principios geraes de direito internacional privado quanto ao estado e á capacidade das pessoas, quanto á propriedade dos immoveis, quanto á forma externa dos actos, quanto aos effeitos e modo do cumprimento dos contractos, quanto á execução das 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, por razões a que já nos referimos,

pois não há nem principios relativos aos moveis, ás successões, aos effeitos das doações e testamentos e á lei reguladora da competencia e forma 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 diferentes instituições juridicas. E' o que se verifica, dentro do codigo civil, em materia de casamento (artt. 1065.º e 1066.º), de convenções antenuciaes (artt. 1106.º e 1107.º), de testamentos (artt. 1954.º e 1955.º); dentro do codigo commercial, em materia de propriedades de navios ou de privilegios sobre fretes ou sobre a carga (art. 488.º), etc.

O codigo civil espanhol, orientando-se pelo codigo civil italiano, formula alem de varios principios especiaes os seguintes principios geraes:

As leis penaes, de policia e de segurança publica, obrigam a todos os que habitam o territorio espanhol (art. 8.º);

As leis relativas aos direitos e deveres de familia, ou ao estado, condição e capacidade legal das pessoas, obrigam os espanhoes, embora residam em pais estrangeiro (art. 9.º);

Os bens moveis estão sujeitos á lei da nação do proprietario; os bens immoveis á lei do pais em que estão situados (art. 10.º);

Não obstante, as successões legitimas e as testamentarias, tanto no que respeitam á ordem

de successão como á medida dos direitos successorios e á validade intrinseca das suas disposições, serão reguladas pela lei nacional do autor da herança, quaesquer que sejam a natureza dos bens e o pais em que estejam situados (art. 10.^o);

As formas e solemnidades dos contractos, testamentos e demais instrumentos publicos regem-se pelas leis do pais em que se outorgam. Quando os referidos actos sejam celebrados com intervenção de funcionarios diplomaticos ou consulares de Espanha no estrangeiro, observar-se-hão na sua outorga solemnidades estabelecidas na lei espanhola (art. 11.^o);

Não obstante o disposto neste artigo e no anterior (artt. 11.^o e 10.^o), as leis prohibitivas concernentes ás pessoas, aos seus actos ou aos seus bens, e as que têm por objecto a ordem publica e os bons costumes, não ficarão sem effeito por leis ou sentenças proferidas, nem por disposições ou convenções feitas em pais estrangeiro (art. 11.^o).

Se da legislação espanhola passarmos ao código civil allemão, encontramos ahí formulados na sua *Lei de introdução* os seguintes principios geraes—quanto á capacidade das pessoas, submettendo-as á lei nacional (art. 7.^o)—quanto á forma dos actos juridicos, declarando *competente* a lei reguladora da respectiva relação juridica e considerando *sufficiente* a lei do lugar da celebração (art. 11.^o) — quanto ás successões, mandando regular pela lei nacional do autor da herança (artt.

24.º e 25.º) — 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.º); e os seguintes principios especiaes — quanto á interdicção, determinando que o individuo pode ser interdito na Allemanha e segundo as leis allemãs, quando tenha o seu domicilio ou a sua residencia no imperio (art. 8.º) — quanto á ausencia, dispondo que o ausente pode ser julgado morto na Allemanha se for allemão no commeco da ausencia, se ahi tiver bens, relativamente a esses bens, e, sendo casado, tenha tido na Allemanha o seu ultimo domicilio, e sendo a mulher allemã ou tenha sido até ao casamento, uma vez que permaneça ou volte ao pais, se a mulher requerer o competente processo (art. 9.º) — quanto á responsabilidade por actos illicitos praticados no extraneo, a qual quando exigida na Allemanha, não pode exceder á estabelecida pelas leis allemãs (art. 12.º) — quanto á capacidade matrimonial, submettendo-a á lei nacional dos esposos (art. 13.º) — quanto ás relações pessoaes dos esposos, tornando competente a lei allemã nas hypotheses dos conjuges serem allemães e de, perdendo o marido a nacionalidade allemã, a mulher a conservar (art. 4.º) — quanto ao regimen matrimonial, subordinando á lei do marido (artt. 15.º e 16.º) — quanto ao divorcio e separação de pessoas, sujeitando-as á lei nacional do marido e exigindo quanto aos estrangeiros

que o divórcio ou separação sejam admittidos pelas duas leis (art. 17.º) — quanto a relações entre paes e filhos, submettendo-as em geral á lei nacional do pae (artt. 18.º a 22.º) — 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 for interdicto na Allemanha (art. 23.º).

A orientação do legislador allemão foi seguida pela lei japonêsa, com a differença, porém, de que esta lei procurou formular regras relativamente a todas as suas instituições de 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.º 7.º), a forma 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.º 9.º), os direitos reaes sobre moveis ou immoveis e os direitos sujeitos a registo pela lei do logar onde se encontram os objectos dos mesmos direitos (art.º 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 res-

pectivos factos (art.º 11.º), e as successões pela lei nacional do autor 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, formula regras para a interdicção, 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).

As observações que acabamos de fazer provam-nos já á evidencia, o que antes dissemos sobre o modo como se tem realizado a evolução do direito internacional privado. O systema de principios geraes excessivamente reduzido no codigo civil francês, vae-se desenvolvendo nos codigos posteriores, attingindo já uma certa perfeição na lei japonêsa que não só contem os principios formulados na lei allemã, mas ainda preceitos novos que se não encontram em qualquer outra legislação. E á medida que o systema de principios geraes, das regras para os grandes grupos das relações juridicas, se vae completando, 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.

Se das leis internas passarmos á an 'lyse dos tratados de direito internacional privado, ahitambem notaremos o mesmo phenomeno.

Comecemos as nossas investigações pelo tratado de Lima de 1878. Este tratado formula um conjuncto de regras de direito internacional privado, nas quaes se comprehendem principios geraes a par com principios especiaes para determinadas instituições juridicas. Assim—o estado e a capacidade juridica das pessoas são regulados pela sua lei nacional (art. 2.^o) — os bens immoveis existentes na republica e os moveis que tenham nella uma situação permanente são sujeitos á lei nacional (*lex rei sitae*) (art. 3.^o); — os contractos celebrados fóra da republica são regulados no que respeita á sua validade extrinseca e aos effeitos juridicos da sua estipulação pela lei do logar da celebração, ou pela lei do logar da sua execução quando pela sua natureza ou por convenção devam executar-se num pais determinado (art. 4.^o); — a forma externa dos actos é determinada pela lei do logar da celebração (art. 5.^o); — as successões e as doações são reguladas pela lei nacional do autor da herança (artt. 18.^o e 23.^o);—a responsabilidade civil por delictos ou quasi-delictos é regulada pela lei do logar do facto que lhe der origem, (art. 38.^o); — as leis, sentenças, contractos e outros actos juridicos, que tenham tido origem em pais estrangeiro, observar-se-hão na republica só emquanto não forem incompativeis

com a sua constituição politica, com as leis de ordem publica e com os bons costumes (art. 54.º), Ao lado destes principios geraes encontramos os seguintes principios especiaes: — a capacidade matrimonial será regulada pela lei nacional dos contrahentes com a sujeição, porém, dos estrangeiros aos impedimentos derimentes estabelecidos pela lei local (artt. 10.º e 12.º); — a validade do casamento para os effeitos civis é regulada pela lei do logar da celebração (art. 7.º); — as relações pessoaes entre os conjuges e as relações entre paes e filhos são reguladas pela lei do domicilio matrimonial, mas, se este mudar, serão reguladas pela lei do novo domicilio (art. 13.º); — as convenções antenupciaes são reguladas pela lei dos contractos (art. 14.º); — as relações patrimoniaes dos conjuges, na falta de contracto, são reguladas pela lei do domicilio conjugal, ficando comtudo os moveis de situação permanente e os immoveis sujeitos á *lex rei sitae* (artt. 15.º.-16.º); — a prescripção acquisitiva é regulada pela lei do logar da situação dos bens (art. 32.º); — a prescripção extinctiva é regulada pela lei do logar de origem da respectiva obrigação (art. 33.º); etc.

Do tratado de Lima passemos aos tratados de Montevideu. Como já anteriormente dissemos, o congresso de Montevideu de 1888-1889 concluiu pela celebração de nove tratados declaradores de preceitos de direito internacional destinados a regular as relações dos Estados contractantes. Só nos

occuparemos dos tratadqs relativos ao direito civil e commercial, de 12 de fevereiro de 1889, porque estes são os que mais nos interessam para o estudo que agora fazemos.

O tratado sobre direito civil consagra um pequeno numero de principios geraes, occupando-se principalmente em formular preceitos para regular as differentes instituições juridicas. Os principios geraes são os seguintes:— o estado e a capacidade civil das pessoas serão regulados pela lei do domicilio; — a existencia e a capacidade das pessoas collectivas de carácter privado são reguladas pelas leis do pais em que tenham sido reconhecidas como taes; — 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, são sujeitos á *lex rei sitae* (art. 26.º); — a natureza, existencia e efeitos dos contractos, bem como a exigencia ou não exigencia do documento escripto e a qualidade deste são determinados pela lei do logar de execução (artt. 32.º e 33.º); — as obrigações não convencionaes são reguladas pela lei do logar onde se produz o acto licito ou illicito de que procedem (art. 38.º); — a forma dos instrumentos publicos é regulada pela lei do logar onde são exarados, a dos instrumentos particulares pela lei do logar do cumprimento do respectivo contracto (art. 39.º); — as successões são sujeitas á lei da situação dos bens, com a restricção, po-

rem. de que o testamento feito em acto publico em qualquer dos Estados contractantes será admitido em todos os demais (artt. 44.º e 45.º). Os preceitos especiaes que o tratado estabelece. são relativos á capacidade das pessoas individuais e collectivas, domicilio, ausencia, matrimonio (1), patria poder, filiação, regimen dos bens, actos juridicos, relações patrimoniaes dos conjuges, successões, prescripção e jurisdicção.

O tratado sobre direito commercial começa por consignar nos tres primeiros artigos os principios geraes de que — os actos juridicos serão considerados civis ou commerciaes segundo a lei do logar onde se effectuarem (art. 1.º) — o character de commerciante das pessoas se determina pela lei do pais em que tem a séde os seus negocios (art. 2.º); — os commerciantes e os agentes auxiliares do commercio estão sujeitos ás leis commerciaes do pais em que exercem a sua profissão (art. 3.º). Depois trata dos preceitos especiaes como o regimen internacional das sociedades commerciaes, que sujeita em geral á lei do domicilio, dos seguros, dos abalroamentos maritimos e naufragios,

(1) O legislador portuguez consignou o preceito formulado pelo art. 11.º deste tratado no dec. de 23 de dezembro de 1910, embora o tivesse ido buscar á legislação brasileira.

do contracto do fretamento, do contracto do risco marítimo, dos contractos de ajuste dos officiaes dos navios e da gente do mar, das avarias, das letras de cambio e das fallencias.

Não deve extranhar-se que estes tratados não consignem o principio geral da não applicação da leis estrangeiras quando contrarias á ordem publica, visto que este principio estava já formulado no art. 4.º do tratado de 3 de fevereiro de 1889 sobre a applicação reciproca das leis dos Estados contractantes.

Os tratados de Montevideu marcam na evolução legal da theoria dos conflictos uma phase frizante, formulando principios geraes e conjunctamente regras particulares para a regulamentação das diversas instituições de direito privado; a regra limite da territorialidade, que já encontrámos estabelecida nas legislações que tivemos occasião de examinar, está tambem consignada no citado tratado de 3 de fevereiro de 1889, onde se especificam muitas das leis que o mesmo principio abrange.

Mas, se a phase dos tratados de Montevideu representa um avanço grande na evolução legal da theoria dos conflictos, a phase traduzida pelas convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905 é ainda mais definida. Uma differença característica se encontra nestas convenções em relação ás convenções e legislações internas atraz referidas. Nestas consignam-se principios geraes e a par

destas regras especiaes para determinadas relações juridicas; nas convenções da Haya seguiu-se uma orientação diversa. formulando-se apenas regras praticas da resolução dos conflictos. Isto não quer, porem, dizer que as conferencias da Haya não subordinassem os seus trabalhos e conclusões a principios, mas que os principios não apparecem formalmente definidos, transparecendo apenas das resoluções adoptadas. E' o que verificamos analysando as convenções sobre o casamento, divorcio e separação de pessoas, successões, etc.

69 — Vejamos agora quaes as conclusões a que nos conduz a analyse que acabamos de fazer.

I — A primeira conclusão que se nos antolha é a realização do *principio da communitade de direito*. Em quasi todas as legislações que analysamos, encontramos formulados os principios geraes de que o estado e a capacidade dos individuos devem ser regulados pela sua lei nacional; de que a lei reguladora da forma externa dos actos é a do logar da celebração; etc. Que significa isto? Que as leis dum Estado podem e devem ser applicadas no territorio doutros Estados, que os tribunaes de qualquer delles quando chamados a decidir, por exemplo, uma questão relativa á capacidade ou estado de pessoas devem

do contracto do fretamento, do contracto do risco marítimo, dos contractos de ajuste dos officiaes dos navios e da gente do mar, das avarias, das letras de cambio e das fallencias.

Não deve extranhar-se que estes tratados não consignem o principio geral da não applicação da leis estrangeiras quando contrarias á ordem publica, visto que este principio estava já formulado no art. 4.º do tratado de 3 de fevereiro de 1889 sobre a applicação reciproca das leis dos Estados contractantes.

Os tratados de Montevideu marcam na evolução legal da theoria dos conflictos uma phase frizante, formulando principios geraes e conjunctamente regras particulares para a regulamentação das diversas instituições de direito privado; a regra limite da territorialidade, que já encontramos estabelecida nas legislações que tivemos occasião de examinar, está tambem consignada no citado tratado de 3 de fevereiro de 1889, onde se especificam muitas das leis que o mesmo principio abrange.

Mas, se a phase dos tratados de Montevideu representa um avanço grande na evolução legal da theoria dos conflictos, a phase traduzida pelas convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905 é ainda mais definida. Uma differença característica se encontra nestas convenções em relação ás convenções e legislações internas atrás referidas. Nestas consignam-se principios geraes e a par

destas regras especiaes para determinadas relações juridicas; nas convenções da Haya seguiu-se uma orientação diversa. formulando-se apenas regras praticas da resolução dos conflictos. Isto não quer, porem, dizer que as conferencias da Haya não subordinassem os seus trabalhos e conclusões a principios, mas que os principios não apparecem formalmente definidos, transparecendo apenas das resoluções adoptadas. E' o que verificamos analysando as convenções sobre o casamento, divorcio e separação de pessoas, successões, etc.

69 — Vejamos agora quaes as conclusões a que nos conduz a analyse que acabamos de fazer.

I — A primeira conclusão que se nos antolha é a realização do *principio da communitate de direito*. Em quasi todas as legislações que analysamos, encontramos formulados os principios geraes de que o estado e a capacidade dos individuos devem ser regulados pela sua lei nacional; de que a lei reguladora da forma externa dos actos é a do logar da celebração; etc. Que significa isto? Que as leis dum Estado podem e devem ser applicadas no territorio doutros Estados, que os tribunaes de qualquer delles quando chamados a decidir, por exemplo, uma questão relativa á capacidade ou estado de pessoas devem

applicar a lei nacional destas. Vê-se assim que certas leis dum Estado não têm a sua acção restricta ao territorio do mesmo Estado, mas acompanham aquelles cujos interesses protegem para qualquer parte que elles se dirijam.

A communidade de direito pode revestir duas formas: communidade de direito realizada pela *uniformidade de regulamentação* e a realizada pela *applicação da lei dum pais em outros paises a determinadas relações juridicas*.

A primeira forma teria logar se todos os Estados tivessem uma legislação uniforme, mas tal não se verifica pela analyse que fizemos dos textos. Como anteriormente dissemos, é impossivel realizar a absoluta uniformidade de legislação, porquanto estas não podem deixar de traduzir o modo de ser de cada povo politicamente organizado. E se ha instituições, como a letra de cambio, que podem ter a mesma regulamentação, não succede o mesmo com a grande maioria de institutos, que traduzem a idyosincracia de cada povo.

A segunda forma é a que se verifica no mundo real dos factos, como vamos ver. O artigo 27.º do codigo civil portuguez determina que o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu pais; no codigo civil francês, segundo a interpretação que a jurisprudencia lhe tem dado, encontra-se o mesmo principio; nos codigos civis italiano, espanhol, belga, suiso, na

lei de introduccão ao código civil allemão, etc., encontra-se egual principio. Desta forma o estado e a capacidade civil dum português, que se encontre no territorio de qualquer dos Estados, cuja legislação consigne o referido principio, são regulados pela lei portugêsa. Tratando-se da forma, encontramos quasi universalmente nas legislações consignado o principio *locus regit actum*. Daqui resulta que um contracto realizado em Portugal de harmonia com as leis portugêsas é valido, quanto á forma, em todos os outros Estados, sendo a lei portugêsa reconhecida pelos tribunaes desses Estados. De tudo isto se infere que uma lei formulada pelo legislador português, relativamente ao estado e capacidade, á forma externa dos actos, etc., se torna uma lei commum para os Estados que estabelecem principios acima referidos. O mesmo succede pelo que respeita aos effeitos das obrigações contractuaes. Como neste campo é reconhecida ás partes a faculdade de escolher a lei reguladora, seja qual for a lei, ella deve ser applicada pelos tribunaes estrangeiros.

A applicação das leis dum Estado no territorio doutros Estados só pode evidentemente comprehender-se dentro da communidade de direito. E a grande consequencia que d'aqui deriva é que as regras, que presidem á resolução do conflicto de leis, são de justiça, são regras juridicas. Quando uma lei ou um tratado manda applicar a

lei dum país, não estamos a jogar com princípios de moral, com principios de cortesia internacional, mas com principios juridicos.

II — A analyse dos textos revela-nos ainda a *connexão das relações juridicas com determinadas leis.*

a) Na verdade, verificamos a existencia de *leis pessoas*, isto é, leis que acompanham o individuo, para qualquer parte que elle se dirija, para regular determinadas relações juridicas de que elle seja o sujeito. E' o que succede com as leis que regulam o estado e capacidade dos individuos, as relações de familia, as successões, etc. Pode nestas leis variar a sua determinação, pois que se ha codigos que mandam regular determinadas relações juridicas pela lei do domicilio do individuo, outros ha, e a grande maioria, que os mandam regular pela lei nacional; mas o que nós encontramos em todas as legislações são leis de applicação exterritorial, leis pessoas, que extendem a sua acção para fóra dos limites do territorio em que tiveram origem.

b) Os textos analysados mostram-nos ainda que ha leis cuja applicação depende da vontade das partes, manifestada expressa ou presumptivamente. E' a applicação do principio da autonomia da vontade. Estas leis podem ser de ap-

plicação exterritorial, como succede no caso de dois portuguezes celebrarem em Italia um contracto, declarando expressamente que os seus effectos deverão ser determinados de harmonia com a lei portugüesa. Neste caso, os tribunaes italianos deverão applicar a lei portugüesa. Ha no emtanto uma differença entre a exterritorialidade das leis do primeiro grupo e a das leis suppletivas, porquanto as primeiras são exterritoriaes por si mesmas e as segundas em virtude da vontade das partes.

c) A analyse dos textos revela-nos ainda a existencia de um outro principio geral — o *locus regit actum*. Como a quasi universalidade das legislações admite este principio, um acto celebrado, por exemplo, em Portugal tem efficacia exterritorial, o que significa que a lei de forma portugüesa deve ser reconhecida pelos tribunaes estrangeiros, como as leis de forma estrangeiras são reconhecidas pelos tribunaes portuguezes.

O principio *locus regit actum* apresenta, porém, dois desvios: o do codigo civil italiano, que permite ás partes, quando todas sejam da mesma nacionalidade, a applicação da lei nacional *commum* (Titulo prel., art. 9.º); e o dos codigos civis allemão e japonês, que declaram *competente a lei reguladora da respectiva relação juridica* e admittem como *sufficiente* a lei do logar da celebração para os actos que não estabeleçam ou disponham dum direito real ou dum direito sujeito a registo

(lei de intr. ao cod. civ. all., art. 11.º; lei jap., art. 9.º).

d) Finalmente, vemos ainda que a applicação das leis estrangeiras é limitada pelas leis de interesse e ordem publica, que constituem o grupo de *leis territoriaes*. A sua efficacia acaba, em regra, onde terminam os limites do territorio do Estado que as formula, mas dentro deste applicam-se a todas as pessoas, quer sejam nacionaes, quer estrangeiras.

III — Mas qual o principio que preside á connexão das relações juridicas com determinadas leis?

Savigny parece que viu com profundeza esse principio, pois todo o seu *systema* assenta no principio de que cada relação jurídica deve ser regulada pela lei mais harmonica com a sua natureza. Na verdade, as relações jurídicas não têm todas a mesma natureza, e por consequencia não podem deixar de ser regidas por leis differentes. Ora, se só as relações jurídicas que tenham a mesma natureza podem ser regidas pelas mesmas leis, é evidente que os grupos de leis a que acabamos de nos referir não podem deixar de ter por base a propria natureza da relação jurídica.

A connexão das relações jurídicas não se dá, porem, só pela natureza dessas relações. O

fim social da lei também conduz ao agrupamento de leis. Com effeito, Pillet divide as leis em dois grandes grupos, baseando-se no fim, na missão social que o legislador tem em vista realizar: leis de protecção individual e leis de garantia social, aquellas exterritoriaes, estas territoriaes.

E', pois, a natureza da relação jurídica ou o fim da lei que preside ao agrupamento de leis em territoriaes e exterritoriaes, como resulta dos textos analysados, encontrando-se assim o *système* de Savigny com o de Pillet.

IV — Para concluirmos os resultados da analyse dos textos, vejamos qual a efficacia e valor dos actos praticados em harmonia ou contra a lei competente.

Segundo a tendencia hoje dominante nas legislações, os actos praticados em harmonia com a lei competente são em regra de efficacia exterritorial, e dizemos em regra, porque ha casos em que esses actos não têm efficacia exterritorial, o que succede quando sejam contrarios ás leis de interesse e ordem publica do Estado, onde se pretende que elles tenham valor. Assim, o nosso codigo de processo civil prescreve que pode servir de fundamento, para a opposição da execução no pais das sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, o facto de as sentenças conterem decisões contrarias aos principios de direito publico

português ou offensivas dos principios de ordem publica (art. 1088.º, § 1.º, n.º 5.º); o tratado de Lima (art. 42.º, n.º 1.º) e o tratado de Montevideu sobre processo civil (art. 5.º, *d*) tambem consi-gnam o principio de que as sentenças proferidas em pais estrangeiro não são validas no pais da execução, quando sejam contrarias ás suas leis de ordem publica; a convenção da Haya sobre os conflictos de leis em materia de casamento estabelece que a lei do logar da celebração pode prohibir o casamento dos estrangeiros que fôr contrario a umas certas e determinadas disposições (art. 2.º, n.º 1.º a 3.º).

Os actos praticados contra a lei pessoal do individuo ou contra lei da sua forma são nullos em toda a parte, porque tanto uma como outra têm efficacia exterritorial. Mas serão nullos os actos praticados contra as leis de interesse e ordem publica dum determinádo pais? E' um dos pontos mais delicados e incertos do direito internacional privado. A regra é que essas leis têm efficacia meramente territorial, podendo por consequencia os actos praticados contra ellas ser validos noutros Estados. Ha, porém, a ctualmente uma tendencia no sentido de reconhecer efficacia exterritorial ás leis de interesse e ordem publica. Assim, a citada convenção da Haya sobre o casamento prescreve que a lei do logar da celebração pode permittir o casamento dos estrangeiros, não obstante as prohibições da lei da sua nacio-

nalidade, quando ellas sejam exclusivamente fundadas em motivos de ordem religiosa, mas declara que *os outros Estados têm o direito de não reconhecer como valido o casamento celebrado nestes termos* (art. 3.º)

Savigny e Mancini defendiam, como vimos, a nullidade *relativa* dos actos praticados contra as leis de ordem publica, mas o *systema* de Pillet, defendendo a nullidade *absoluta* dos mesmos actos, é mais completo e aquelle que ha de prevalecer.

§ 6.º — LEI PESSOAL

- 70 — Caracteres da lei pessoal: exterritorialidade e applicação permanente.
- 71 — Formas da lei pessoal: lei do domicilio e lei nacional.
- 72 — Determinação da lei pessoal.
- 73 — Doutrina argentina.
- 74 — *Systemas* de conciliação:
 - a) *Systema* de Asser;
 - b) *Systemas* de Meili.
- 75 — Applicação da lei do domicilio como lei subsidiaria:
 - a) Na falta de nacionalidade;
 - b) Na hypothese de duas nacionalidades;
 - c) No caso de divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica.
- 76 — Mudança da nacionalidade
- 77 — Esphera de applicação da lei pessoal:

- a) Criterio geral;
 - b) Concretização;
 - c) Direito português.
- 78 — Conflictos de leis pessoais:
- a) Noção;
 - b) Criterio geral para a sua resolução.
- 79 — Lei pessoal das pessoas collectivas.

§ 6.º

Lei pessoal

70 — A analyse dos textos demonstrou-nos que a evolução da theoria dos conflictos se tem desenvolvido, quer no campo legal, quer no campo doutrinal, no sentido de reconhecer a existencia de *leis pessoas*, que, como que ligadas ao individuo, o acompanham para toda a parte, e por forma tal, que só por estas leis são reguladas determinadas relações juridicas, sendo por consequencia de applicação permanente.

As leis pessoas revestem assim o duplo character de *extritorialidade* e de *applicação permanente*.

71 — A analyse demonstrou-nos ainda que a lei pessoal pode revestir duas formas: a *lei do domicilio* e a *lei nacional*.

O systema da lei do domicilio é consagrado na Europa apenas pela Inglaterra, Dinamarca,

Noruega; nos países extra-europeus, pelos Estados Unidos, Argentina, Uruguay e Paraguay.

O systema da lei nacional é seguido na Europa por Portugal, Espanha, França, Italia, Alemanha, Hungria, etc.; nos países extra europeus, pelo Brazil, Chile, Mexico, Colombia, Peru, Venezuela, Bolívia, Congo e Japão.

A Suissa e a Austria seguem um regimen mixto.

72 — Dada esta divergencia de legislações, importa saber qual dos dois systemas deve prevalecer. No campo de direito positivo só é principio assente a existencia da lei pessoal, *extrritorial*, mas a determinação desta está ainda dependente da preferencia dos Estados, que podem decidir-se pela lei nacional ou pela lei do domicilio, a não ser que por convenção ou tratado se tenham obrigado a optar por qualquer dellas, como succedeu com os Estados que ratificaram as convenções da Haya, que em materia de impedimentos de casamento se obrigaram a aceitar como lei pessoal a lei nacional, e ainda com os Estados Sul-americanos; que no tratado de Montevideu preferiram a lei do domicilio. Fóra d'estes casos a escolha fica ao arbitrio dos Estados.

Assim como as legislações, tambem a doutrina se dividiu em dois campos, preferindo um a lei do domicilio, outro a lei nacional. Vejamos as

razões adduzidas pelos defensores dum e doutro systema para em face dellas nos podermos decidir.

Os defensores da lei do domicilio fundam a sua preferencia no seguinte: — a diversidade das legislações sobre a attribuição da nacionalidade pode conduzir a uma das duas difficuldades, ou deixar o individuo sem nacionalidade, ou attribuir-lhe mais que uma; — a nacionalidade, sendo uma questão de direito, é muito mais difficil de provar que o domicilio, que é uma questão de facto; — a mudança da nacionalidade pode representar uma fraude para fugir á applicação duma determinada lei; — o logar do domicilio é livremente escolhido pelo individuo, o que representa a acceitação tacita da lei que hade regular a sua situação juridica, contrariamente á nacionalidade que na maioria dos casos não representa mais do que o acaso do nascimento.

Para contrabalançar estes argumentos allegam os defensores do systema da nacionalidade — que tambem existem divergencias legislativas acerca da determinação do domicilio, o que tambem conduz á pluralidade do domicilio ou á sua falta; — que o domicilio é um facto que muitas vezes resulta apenas da intenção de residir num determinado logar, sendo, por isso, difficil a sua prova; — que o domicilio resulta unicamente da vontade do individuo, por isso, se o systema da nacionalidade se pode prestar a fraudes, o do do-

micilio muito mais, pois que é mais facil mudar de domicilio do que de nacionalidade.

As razões allegadas tanto dum lado como doutro, embora se contrabalancem, são pouco solidas para servir de fundamento a qualquer dos systemas.

O systema da nacionalidade tem a fundamenta-lo razões doutra ordem:—o individuo muda mais facilmente de domicilio do que de nacionalidade, e portanto muda mais facilmente de lei pessoal no systema do domicilio. Mas assim como o individuo não muda psychologicamente, conservando fundamentalmente a sua individualidade, assim tambem a lei pessoal, que regula essa individualidade, não deve mudar. A lei nacional é, pois, mais estavel que a do domicilio e porisso preferivel; — além disso, a lei nacional é a que preside ao desenvolvimento dos individuos e a que toma em consideração as condições mesologicas e ethnicas que informam o modo de ser dos subditos do Estado legislador.

Estas duas razões, com quanto de grande valor, têm o defeito de não serem juridicas e de, portanto, não serem bastantes para a solução do problema, que só poderá convenientemente fazer-se no campo juridico.

A razão juridica foi apresentada, como atraz dissemos, por Pillet e resalta da observação dos factos. A humanidade apparece dividida em Estados, e cada um destes Estados existe para os

individuos. Daqui resulta que o Estado tem o direito e dever de proteger os seus nacionaes, onde quer que se encontrem. E para esse fim o Estado envia agentes diplomaticos e consulares, mantem exercitos e esquadras. Ora, se o Estado tem o direito e o dever de proteger os seus subditos, é evidente que lhe cabe o direito e o dever de formular leis de protecção individual, donde resulta que a lei pessoal não pode deixar de ser a nacional.

A preferencia pela lei nacional funda-se, pois, na maior estabilidade, na sua conformidade com as condições mesologicas e ethnicas que informam o modo de ser dos individuos a que se applicam, e principalmente no facto do direito e dever do Estado de proteger os nacionaes em qualquer parte em que elles se encontrem.

Mas, se sob o ponto de vista da ligação do individuo ao Estado, chegamos á conclusão de que deve preferir-se a lei nacional á lei do domicilio como lei pessoal, vejamos o que se passa no campo dos factos. A tendencia da doutrina é favoravel, em geral, á competencia da lei nacional. No dominio das doutrinas estatutarias era a lei do domicilio a lei uniformemente reconhecida como lei pessoal; no *systema* de Savigny dá-se ainda preferencia á lei do domicilio; mas nas doutrinas posteriores sobre conflictos, e principalmente por virtude da influencia exercida pela escola italiana, o principio da lei nacional affirma-se por tal forma, que em 1880 o Instituto de direito interna-

cional conagrrou. 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 testamentarias. e successivamente o tem reconhecido como a lei normalmente applicavel na resolução dos conflictos das leis de protecção individual. 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.

A evolução legislativa no seculo XIX tambem se mostra favoravel á competencia da lei nacional. O codigo Napoleão consignou este principio nos artt. 3.º e 170.º Nestes artigos determina-se que o estado e a capacidade e em especial a capacidade matrimonial dos francêses em pais estrangeiro devem ser regulados pela lei francêsa. Após grandes duvidas e hesitações, justamente fundadas no silencio do codigo a respeito dos estrangeiros residentes em territorio francês, a jurisprudencia assentou no reconhecimento do principio reciproco da regulamentação do estado e capacidade dos estrangeiros pela sua lei nacional. Dada a influencia da codigo francês, o *systema* da lei nacional foi successivamente accete pelos diversos Estados europeus, tanto pelos que adoptaram o codigo napoleonico, como pelos que

fizeram codigos novos, como a Italia, Portugal, Espanha, Allemanha, etc. Dos Estados europeus apenas a Inglaterra, Dinamarca e Noruega se conservaram fieis ao principio do domicilio, observando-o a Austria só para os estrangeiros. Da Europa irradia o systema para algumas legislações extra-europeias e é admittido no Brazil, Chile, Colombia, Mexico, Venezuela, Peru, Bolivia, Congo e Japão. Num seculo apenas, e um seculo não é nada na vida da humanidade, realiza o novo principio progressos frisantemente indicadores de que continuará a triumphar nas reformas legislativas dos Estados civilizados.

Nas diversas tentativas de uniformização do direito internacional reconhece se tambem a superioridade da lei nacional. O congresso sul-americano de Lima de 1877-78 aceitou-a 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. O congresso de Montevideo consagrou no tratado sobre direito civil o systema do domicilio, mas em 1892, no congresso de Madrid, onde se encontravam representantes dos Estados ibero-americanos, estes inclinaram-se para a lei nacional, o que deixa ver que aquelles Estados a consagrarão em breve nas suas legislações. As conferencias da Haya adoptaram a lei nacional em todas as questões nellas ventiladas

relativas ao estatuto pessoal, como o casamento, divorcio, tutela, etc.

23 — Não obstante os factos mostrarem o triumpho do systema da lei nacional e a indicarem como destinada a constituir a forma definitiva da lei pessoal, muitos escriptores defendem ainda o systema do domicilio, mais ou menos extensamente, tendo modernamente Estanislau Zeballos, notavel internacionalista argentino, aggravado a questão com a defesa brilhante do systema do domicilio, formulando os principios da *doutrina argentina de direito internacional privado*. Os argumentos com que Zeballos defende o systema do domicilio são 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 desenvolvimento 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 um 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 autoridades protectoras na medida e nas condições em que cada nação se encontra em relação á humanidade. Cada Estado representa a melhor forma local de proteger o homem na deslocação a que o obriga a vida e a civilização.

Alem disso, o systema da lei nacional, com a sua consequencia logica da applicação a cada um da lei do seu pais, determinaria, nos paises de grande immigração, não só a applicação de leis em desharmonia com o meio social, mas a applicação de mil leis divergentes, o que seria a incertesa 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 acresce que, segundo mostram as estatisticas, é maior o algarismo geral da população dos Estados que aceitam a lei do domicilio (cerca de 496 milhões de habitantes, ou de 546 milhões, se acrescentarmos a população dos Estados de regimen mixto de lei nacional e lei do domicilio) do que o dos Estados que aceitam o principio da lei nacional (cerca de 410 milhões, ou 460 milhões juntando a população de regimen mixto), e maior é tambem o concurso por parte

dos primeiros Estados em relação aos segundos, em cereaes (90.50% dos países da lei do domicílio, e 950% dos países da 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 evidência a necessidade de procurar a conciliação entre os dois systemas, não só no interesse humano, mas também sob o ponto de vista das conveniências economicas dos Estados continentaes da Europa. Mas a conciliação só a vê Zeballos no predomínio, senão no exclusivismo, da lei do domicílio, como aliás era natural, desde que está intimamente convencido de que só é humanamente justo o systema do domicílio.

O primeiro argumento formulado por Zeballos só tem hoje valor historico. Na verdade, parece que o código Napoleão, tendo sujeitado á lei nacional os francezes que se encontrassem em país estrangeiro e não formulando uma disposição reciproca para os estrangeiros, procurou apenas manter a cohesão do Estado com os seus nacionaes. Todavia a razão politica prevaleceu uma razão de justiça tanto na doutrina como na jurisprudencia, hoje unanimes em França, para considerar a lei pessoal dos estrangeiros a sua

lei nacional. A regra unilateral do código francês não se repetiu nos códigos posteriores que expressamente declararam que a lei pessoal tanto dos estrangeiros como dos nacionaes é a sua lei nacional, não certamente por uma razão politica, mas porque reconheceram que a applicação daquella lei era a que melhor realizava a justiça nas relações privadas internacionaes.

Nem é verdade que o *systema* do domicilio evite a applicação de leis em desharmonia com o meio social, pois no caso de um individuo domiciliado num Estado se encontrar num outro, não lhe é applicada a lei de logar em que se encontra, mas a do seu domicilio. A propria doutrina argentina admite a exterritorialidade para a hypothese de o individuo sahir do país do seu domicilio. Zeballos para ser logico, visto que ataca a applicação da lei nacional por não ser conforme com o meio em que o individuo exerce a sua actividade, devia admittir o *systema* da territorialidade das leis, isto é, o *systema* da sujeição do individuo ao direito do país onde por ventura 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. Deante, porem, de simi-

lhante conclusão pára a doutrina argentina e páram hoje todas as doutrinas, pois a territorialidade é a absoluta instabilidade da situação jurídica de cada um. Contudo, 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 pára o seu movimento através das nações?

E' verdade que nos países de grande immigração, como o Brazil e a Argentina, a adopção do *systema* da lei nacional seria uma difficuldade grande para a administração da justiça pela necessidade de applicação nesses Estados de leis de muitos Estados. Contudo a justiça não é meramente a simplicidade, mas, na esphera dos interesses privados, a rectidão na defesa dos direitos de cada um, e por isso, para os tribunaes, não deve ser decisiva a razão de maior commodidade da applicação da lei do domicilio. O tribunal deverá determinar e applicar a lei que melhor represente a realização da justiça. Nem a determinação e conhecimento das leis estrangeiras hoje constituem uma difficuldade insuperavel, dada a grande publicidade das leis, a facilidade das communicações internacionaes e a generalização das missões diplomaticas e consulares.

Zibballos baseia-se, por fim, na superioridade numerica da população dos países que seguem o

systema da lei do domicilio sobre a dos que seguem o systema da lei nacional, e ainda no mais elevado algarismo de generos e mercadorias com que aquelles concorrem para a satisfação das necessidades do homem civilizado.

A'parte o modo menos exacto por que foi calculada e comparada a população, pois ao passo que na determinação do algarismo da população dos Estados da 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 e por isso cada consul applicará naturalmente o systema de direito internacional do seu pais, 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 colônias allemãs, com 13 milhões, as colônias francêsas com 50 milhões, as colônias hollandêsas com 37 milhões e as portuguezas com 8 milhões, com o que, fazendo as devidas correccões, a população dos Estados da lei do domicilio descerá para 487 milhões e a dos Estados da 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 paeses 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 constituido um obstaculo ao desenvolvimento do seu commercio ou das suas relações economicas com os outros Estados.

7.1 -- Não obstante o systema da nacionalidade parecer ter pelo seu lado a razão, não pode esperar-se que todos os Estados o adoptem, dada a intransigencia dos Estados que adoptam o systema do domicilio. Mas convido restringir as consequencias da existencia das duas formas da lei pessoal, alguns escriptores esforçaram-se por encontrar um systema de conciliação da lei nacional com a lei do domicilio em termos taes que todos os Estados o pudessem aceitar sem reluctancia.

a) Foi o que fez Asser, que resumiu o seu systema ás seguintes regras que offereceu á consideração do Instituto de direito internacional: a nacionalidade, sob o ponto de vista de direito civil, adquire-se por um domicilio de seis annos no mesmo Estado, provado por uma declaração da autoridade competente; a aquisição da nacionalidade sob o ponto de vista de direito publico pode ser subordinada a outras condições, como a naturalização, etc; a aquisição num Estado da nacionalidade sob o ponto de vista de direito civil faz perder a nacionalidade anterior, mas esta

revive no momento em que cessa o domicílio noutro 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 no fim dum certo numero de annos, com a faculdade de readquirir dum modo simples a antiga nacionalidade.

b) Antes de Asser, Meili, um dos delegados suíços na conferencia de direito internacional privado da Haya de 1900, mostrou a necessidade de procurar a *sententia media* entre a lei nacional e a lei do domicilio, e, em vez de forçar os povos de *systema* de domicilio a acceitar a lei nacional, indicava como meio de conciliação algum dos tres seguintes 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 effeitos 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 deva prevalecer a lei nacional e quando deva ter-se em conta a lei do domicilio. Meili optava por este ultimo processo por lhe parecer o mais conforme á doutrina. Vê-se fa-

cilmente que o primeiro processo corresponde ao de Asser. que o segundo equivale á aquisição da nacionalidade civil *jure soli*, representando o terceiro uma applicação do principio de que deve cada relação jurídica ser regulada pela lei mais harmonica com a sua natureza.

§ 5. Pela critica que fizemos ao systema do domicilio, tão calorosamente defendido por Zeballos, se vê que a lei nacional deve ser preferida como lei pèssoa. Esta preferencia não significa, porem, que se deva por de parte a lei do domicilio, pois casos ha em que, na impossibilidade ou difficuldade de applicar a lei nacional, se tem de recorrer áquella como lei *subsidiaria*.

E' o que se verifica em qualquer das seguintes hypotheses: na falta de nacionalidade, na de duas nacionalidades e na de divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica.

a) Na primeira hypothese, isto é, na falta de nacionalidade, attendendo a que todo o individuo deve ter uma lei reguladora da sua situação jurídica na sociedade internacional e não podendo o individuo em taes condições provar que pertence a uma determinada nacionalidade, para o effeito da applicação da lei nacional, é natural que se considere como lei pèssoa a lei do domicilio, por esta, na falta de lei nacional, traduzir maior fixidez

que qualquer outra. Esta foi a doutrina consagrada pelo Instituto nas *Regras de Oxford*, pela lei japonesa de 1898 (art. 27.^o, alinea 2.^a) e pela lei federal suíça de 1891 (art. 5.^o).

b) Na hypothese de duas nacionalidades ainda temos de distinguir, para o effeito de determinar a condição jurídica do individuo que se encontra em tal situação, se a questão se levanta em qualquer dos Estados de que elle é nacional ou num terceiro Estado. No primeiro caso, o juiz tem de applicar a lei local, visto que esta é para elle obrigatoria e deve ser preferida a qualquer outra. As leis attributivas da nacionalidade são de ordem publica, são leis politicas e por consequencia rigorosamente imperativas e de cumprimento obrigatorio para os tribunales. Entre nós este principio soffre uma restricção por virtude do disposto no decreto de 2 de dezembro de 1910, que no artigo 2.^o determina que «o cidadão portuguez que porventura seja havido como nacional tambem de outro pais, enquanto viver neste não poderá invocar a qualidade de cidadão portuguez».

No segundo caso, podem apresentar-se ainda duas variantes: ou o individuo está domiciliado em qualquer dos Estados de que é considerado subdito ou num Estado extranho. Na primeira hypothese o tribunal preferirá a lei do Estado do domicilio, apoiando se na presumpção de que o

interessado preferiu a nacionalidade do Estado em que se domiciliou. Na segunda hypothese temos ainda a considerar o caso de as duas nacionalidades serem adquiridas *successivamente* ou *simultaneamente*. Se foram adquiridas successivamente, o tribunal applicará a lei da nacionalidade mais antiga baseando se em que a qualidade de cidadão do Estado primitivo é um direito regularmente adquirido e ainda não devidamente substituído sob o ponto de vista internacional. Alguns e criptores, porem, e com elles a lei japonesa não se conformam com esta solução e, attendido mais ao coefficiente da vontade dos interessados, optam pela lei da nacionalidade mais recente. Esta doutrina não nos parece aceitavel pelas razões já anteriormente apontadas (1). No caso de as nacionalidades terem sido adquiridas simultaneamente falta qualquer coefficiente de preferencia e, sendo eguaes para o tribunal as leis estrangeiras, o problema é juridicamente insolúvel, devendo o tribunal applicar aquella que melhor proteja o individuo e melhor regularize a sua situação na sociedade internacional.

c) A lei do domicilio ainda se applica subsidiariamente como lei pessoal na hypothese de di-

(1) Vid pag. 103-4.

vergencia legislativa dentro da mesma unidade politica. Esta divergencia tanto se verifica nos Estados simples como nos Estados compostos, pode ser motivada pelas raças e ainda pelas religiões.

Nos Estados compostos os Estados particulares possuem leis nacionaes proprias e porisso a lei pessoal dos individuos que os constituem será a respectiva lei nacional do Estado a que elles pertencem. Todavia esses Estados (só a União real e a Federação) formam uma unica pessoa 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 locais differentes 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 de origem, segundo a preferencia do legislador ou o sentido do uso e costume, deverá ser igualmente 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 domicílio, que é um meio de definir a situação do individuo dentro do Estado, em que se verifica a divergencia da legislação local, e representa um laço de direito, ao passo que a origem representa um mero facto que não é necessariamente acompanhado de consequências jurídicas. Deve notar-se, contudo, que, na hypothese que consideramos, o domicílio determinante da lei pessoal só pode ser o domicílio nacional, isto é, o domicílio no pais a que o individuo pertence. Se o individuo se encontra domiciliado em pais estrangeiro, deverá attender-se ao seu ultimo domicílio no Estado de origem, pois o domicílio é apenas o meio de differenciar, entre as diversas leis locais dum Estado, aquella que deve ser considerada como lei nacional dos subditos desse Estado.

As soluções que apresentamos para as divergencias legislativas nos Estados compostos têm inteira applicação quando essas divergencias se verificarem dentro dum Estado unitario, como succede em Espanha, onde a par com a lei geral existem os *fueros* provinciaes ou territoriaes.

Quando as divergencias legislativas são consequencia da diversidade de confissões religiosas, como acontece no Imperio ottomano, onde os mussulmanos estão sujeitos ao Koran e os christãos têm o seu direito particular constituido principalmente pelas *Novellas* dos Imperadores do

Baixo Imperio, ou da raça, como pode acontecer nos Estados coloniaes, se ahí houver um direito especial para os indigenas harmonico com a condição e costumes da sua raça, em taes casos. a lei pessoal é determinada logicamente 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 effectos no interior do pais e nas relações internacionaes.

O nosso direito nada dispõe sobre qual deveser a lei pessoal do individuo sem patria ou do individuo com duas patrias, com excepção do que esta estatuido no art. 2.º do decreto de 2 de dezembro de 1910. Parece-nos, contudo, que a lei portugueza se adapta ás soluções que acabamos de indicar. Quando o individuo não tenha nacionalidade, claro é que não pode applicar-se-lhe os artigos 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 — *lex loci*, e, em ultima analyse, a lei portugueza — *lex fori*. No caso de duas nacionalidades, se uma é portugueza o juiz applicará obrigatoriamente a lei portugueza, salva a excepção do art. 2.º do citado decreto de naturalização; se ambas as nacionalidades são estrangeiras e o in-

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 cod. civ.; 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 substituido sob 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.

211 — Mas qual a influencia que a mudança da nacionalidade exerce na determinação da lei pessoal? E' evidente que a mudança da nacionalidade produz a mudança da lei pessoal e é esta nova lei que deve definir e regular os direitos que pela lei pessoal devem ser definidos e regulados. Sobre a sua applicação ás situações e relações juridicas constituídas posteriormente á mudança da nacionalidade nenhuma duvida se podem levantar. Outro tanto não succede relativamente aos direitos constituídos antes desse momento. Estes direitos, desde que sejam regularmente adquiridos sob ponto de vista internacional, persistem apesar da mudança da nacionalidade. Assim, se o indivi-

duo for reconhecido por outro como seu filio a 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 mantém-se como direito regularmente adquirido; se um portuguez, que pela lei portugueza é considerado maior aos vinte e um annos, se naturalizar espanhol aos vinte e dois, não perde essa qualidade não obstante a lei espanhola decretar a maioridade aos vinte e tres annos.

Em que momento começa, porem, 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 aquisição da 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 no caso de se constituir uma relação jurídica que se liga com um facto anterior á aquisição da nova lei pessoal, ou no caso da pratica dum acto que determina a aquisição da nova nacionalidade. Como exemplo do primeiro, apresentaremos o do filho natural que, tendo por nascimento uma determinada nacionalidade adquire, por naturalização uma outra; discute-se 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 mais ra-

ção il parece a de que se deve attender á lei pessoal do individuo ao tempo em que é praticado o acto de reconhecimento. Até ali havia apenas a possibilidade do reconhecimento e não direito constituído que devesse ser respeitado pela nova lei pessoal. Parece-nos, por isso, que pode formular-se o principio de que, quando se constitue uma relação jurídica que entra no dominio da lei pessoal e se liga com um facto anterior á aquisição da nova nacionalidade, essa relação jurídica 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 jurídica. O segundo caso tem como exemplo a questão, debatida na doutrina, de saber 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. Esta doutrina não parece fundamentada. A unidade de nacionalidade resulta do casamento validamente celebrado e a capacidade para celebrar um casamento valido deve ser

determinado 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 constituição duma relação jurídica 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.

§ 3 — Passemos á determinação da esphera da applicação da lei pessoal ou seja á determinação dos factos e relações jurídicas que por ella devem ser regidos. Esses factos e relações serão sem duvida todos aquelles em que o interesse immediato e pessoal do individuo reclama uma regulamentação legal.

a) Mas como verificar quaes as leis de protecção individual, isto é, as leis que directa e immediatamente protegem o interesse do individuo? Pela analyse que anteriormente fizemos das legislações internas e tratados reconhecemos a existencia dum grupo de leis cuja accção se estende para além dos limites do territorio do Es-

de, acompanhando os individuos para qualquer parte que se dirijam e regulando dum modo permanente certas e determinadas relações dos mesmos individuos. São leis exterritoriaes que se oppõem ás leis territoriaes, cuja esphera de acção coincide com os limites territoriaes do Estado e no qual se applica dum modo absoluto a todos os individuos que nelle se encontrem sem distincção de nacionalidade. Estas visam o interesse immediato e impessoal da collectividade, são leis de garantia social, e porisso não pode a sua applicação deixar de ser geral dentro do territorio do Estado que as formula.

Todas as leis, quer as de protecção individual, quer as de garantia social, teem por fim a realização do bem da collectividade, mas esse bem social ou se concretiza num beneficio trazido directamente ao individuo ou se traduz num sacrificio imposto a este em proveito de toda a collectividade. As leis de protecção individual são tendentes a regular e disciplinar a actividade dos individuos no seu interesse pessoal, enquanto que as leis de garantia social se destinam a organizar o meio dentro do qual os individuos exercem a sua actividade, referindo-se por isso aos interesses impessoaes da collectividade.

Vê-se, pois, que o fim das leis de cada um dos grupos referidos é differente. O caracter da lei que declara nulos os contractos celebrados pelos menores, em que é clarividente a defêsa dos

interesses dos mesmos membros, é muito diverso do caracter da lei que impõe penas e responsabilidades a um malfeytor, que tem o seu fundamento na necessidade de manter a tranquillidade geral e assegurar a confiança publica. Esta diversidade de fins conduz-nos *directamente* á distincção das leis de protecção individual das leis de garantia social. É o *processo directo*.

Pode no entanto succeder que o fim da lei não seja facilmente determinavel, tornando se insufficiente o processo indicado. En tal caso teremos de recorrer ao *processo indirecto*, que consiste na verificação da incidencia do prejuizo resultante da infracção da lei. Se o prejuizo recae sobre uma pessoa determinada, sem que com ella soffram os outros elementos da collectividade, a lei é de protecção individual; mas se o prejuizo recae sobre um numero indeterminado de pessoas, a lei é de garantia social. Assim, a lei que prohibe o deposito de substancias explosivas junto dos logares habitados 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.

Em conclusão, sempre que a analyse do fim da lei ou a verificação dos resultados da sua infracção nos mostre que ella attendeu ao interesse immediato e pessoal dos individuos, ha uma lei de pro-

teção individual e por consequencia, de applicação permanente e extrritorial.

b) Visto o criterio geral, vejamos como elle se concretiza, determinando quaes os factos e relações juridicas a que deve applicar-se a lei pessoal. O seu campo de acção é constituido pela regulamentação legal do estado e capacidade das pessoas, das relações de familia, das successões e das doações.

O estado representa o que o individuo é, ou seja, a sua situação juridica na sociedade, e a capacidade o que o individuo pode, isto é, o conjuncto de poderes para a pratica dos actos juridicos. Quer nas legislações, quer na doutrina, é principio assente a extrritorialidade das leis reguladoras do estado e capacidade civil, o que prova bem o reconhecimento da necessidade de dar estabilidade á situação juridica dos individuos. E' ainda pela lei pessoal que se devem determinar as incapacidades estabelecidas com o fim de proteger os 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 curatela, pois se trata de leis de protecção individual e portanto caracteristicamente extrritoriaes.

A familia, sendo uma forma do estado das pessoas, deve ser regulada pela lei pessoal tanto no que respeita á capacidade para celebrar o acto

por que se constitue como a todas as relações que desse acto derivam, como as relações entre os conjuges, quer de caracter pessoal, quer de caracter patrimonial, as relações entre paes e filhos, a organização de tutela, os alimentos, etc. A divergencia da lei pessoal dos conjuges antes ou depois do casamento e a possivel divergencia entre a nacionalidade dos paes e dos filhos poderão dar lugar a questões de ordem secundaria, que em nada modificam o que dissemos.

A successão pode ser legitima, legitima-taria e testamentaria. A successão legitima e legitima-taria têm o seu fundamento nas relações de familia e por consequencia devem logicamente ser reguladas pela lei pessoal do auctor da herança. A successão testamentaria, visto que traz uma manifestação da capacidade do testador, deve igualmente por ella ser regulada, mas só quanto aos effeitos que não entrem no dominio da sua vontade e não sejam contrarios ás leis de garantia social do Estadô local.

Pelo que respeita as doações poderá perguntar-se porque as separamos de todos os outros contractos e as integramos no campo de applicação da lei pessoal. É que as doações não entram nesse campo pelo facto de serem um contracto, mas pelas limitações que é necessario impor á sua realização para a protecção do doador, visto que representam a alienação do seu patrimonio sem qualquer compensação. As duas caracteris-

ticas das doações, a *actualidade* — o facto de as doações não poderem abranger bens futuros — e a *irrevogabilidade*, bem como as causas de revogação são estabelecidas no interesse do doador e dos seus herdeiros e por isso se integram naturalmente na esphera da acção das leis de protecção individual. A lei quer que a doação seja actual para evitar ao doador situações precarias futuras (co l. civ., artt. 1452 e 1453); quer que seja irrevogavel para obrigar o doador a pensar, a reflectir, para não praticar de animo leve tal acto. Esta irrevogabilidade, porem, não deve levar-se até os ultimos limites, visto haver situações que o doador não pode prever (cod. civ., artt 1456.º e 1482.º).

A applicação da lei pessoal na regulamentação do estado e capacidade das pessoas, das relações de familia, das successões e das doações encontra uma natural restricção nas leis de interesse e ordem publica do Estado onde a mesma lei pessoal deva ser applicada. Esta restricção deriva da necessidade de garantir interesses geraes do Estado local, que devem ser defendidos da perturbação que pode resultar da applicação das leis estrangeiras.

c) O direito portuguez reconhece como lei pessoal a lei nacional e consagra, comquanto por vezes duma maneira pouco clara, os principios que acabamos de apresentar.

Os artigos 24.º e 27.º do codigo civil e o art.

12.º do código commercial manda regular o estado e a capacidade das pessoas pela sua lei nacional.

No código civil não se acha consignado um principio geral relativo ás relações de familia. No entanto as disposições combinadas dos artigos 24.º e 27.º com os artigos 1065.º e 1066.º levam-nos á conclusão de que o systema do código foi regular estas relações pela lei nacional. A aptidão para contrahir casamento é uma manifestação da capacidade civil e a familia uma forma do estado das pessoas, e, sendo o estado e a capacidade reguladas pela lei nacional, tambem o casamento e as relações de familia o devem ser. Por outro lado os artigos 1065.º e 1066.º exigem para a validade do casamento celebrado em pais estrangeiro quer entre portuguez e portuguesa, quer entre portuguez e estrangeira ou entre estrangeiro e portuguesa, que se cumpram quanto ao conjugue portuguez as condições exigidas pela lei portuguesa, donde se conclue por analogia que devem ser cumpridas relativamente aos estrangeiros as exigencias da sua lei nacional. Acresce ainda que o artigo 1107.º manda regular o regimen dos bens do casamento na falta de contracto ante nupcial, pela lei nacional do marido.

O systema do código está: porem, hoje modificado pelo decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910, que, quanto ao casamento, consagra doutrina contraria a do código pela adopção da lei do

fogar da celebração não só quanto á sua forma externa, mas também relativamente aos impedimentos, abrimo-lhe apenas excepção para os casamentos celebrados no estrangeiro perante as autoridades portuguezas (artt. 58.º e 59.º).

Quanto ás successões, a lei civil é omissa a não ser no que respeita á forma dos testamentos feitos por portuguezes e estrangeiros em pais estrangeiro que hajam de produzir efeitos em Portugal, que os artigos 1961.º e 1955.º subordinam dum modo geral ao principio *locus regit actum*. No entanto esta omissão deve ser supprida de harmonia com os principios que já estabelecemos, devendo ser reguladas pela lei pessoal, pois que as suas formas ou se fundam em relações de familia ou são uma manifestação da capacidade do testador.

Maior é ainda o silencio do codigo sobre as doações. Não obstante, devemos applicar a lei pessoal, pois que se o codigo reconheceu as leis pessoaes e exterritoriaes foi certamente no interesse e para a protecção dos individuos, devendo portanto a exterritorialidade applicar-se a todas as relações juridicas reguladas por leis de protecção individual.

78 — a) Já sabemos que a lei pessoal tem por fim a protecção directa e indirecta do individuo. A sua applicação não offerece difficuldade quando se refere a uma só pessoa. Mas as leis de pro-

tecção referem-se muitas vezes a factos jurídicos que interessam a duas ou mais pessoas e, por tendo cada uma dellas ter lei pessoal differente, importa saber qual dellas deve prevalecer para a resolução da hypothese em questão.

O conflicto de leis pessoaes dá-se, pois, quando haja concorrência de leis de differentes países para resolver a questão que entra na esphera da applicação da lei pessoal. Estes conflictos podem dar-se em materia de estado e capacidade, relações de familia, successões e doações. Exemplifiquemos: um individuo de nacionalidade brasileira pretende intentar acção de perfilhação contra o pae português; qual das leis deve ser applicada pelo tribunal? Um brasileiro pretende casar com uma mulher portugueza; qual a lei que deve regular o casamento, a capacidade da mulher? Um português casa com uma portugueza e pouco tempo depois naturaliza-se francês; qual a lei que deve regular as relações entre os conjuges, attendendo a que em face da legislação portugueza (cod. civ., art. 22.º § 1.º), ao contrario do que succede com algumas legislações, como a allemã, a naturalização do marido não arrasta consigo a naturalização da mulher? Supponhamos que o pae é português e o filho chinês, qual a lei reguladora do patrio poder?

b) Vamos tratar dum modo geral a forma de resolver esses conflictos, reservando para mais

tarde, quando tratarmos separadamente de cada uma das relações cuja regulamentação entra na esphera da applicação da lei pessoal, o seu estudo particular.

Sempre que nos encontremos em presença dum conflicto de leis, verificamos uma das tres hypotheses: 1.^a) os interesses das partes são inteiramente distinctos; 2.^a) nas relações juridicas destaca-se nitidamente a pessoa a quem a lei quer proteger; 3.^a) os interesses das pessoas que a lei tem por fim garantir são divergentes.

No primeiro caso a solução é simples e consiste em applicar a cada uma das partes a sua lei pessoal. Assim, se um portuguez pretende casar com uma japonesa, como os interesses dos dois são distinctos e independentes, a capacidade matrimonial de cada um será determinada pela sua lei nacional.

No segundo caso a solução tambem não offerece difficuldade: conhece-se a pessoa que a lei quer proteger, applica-se a lei pessoal da pessoa protegida. Assim, nas relações entre o tutor e o pupilo deve applicar-se a lei do pupilo, visto que, segundo o espirito do direito moderno, a tutela é organizada no interesse deste e do seu patrimonio.

Finalmente, no terceiro caso a questão ainda pode apresentar dois aspectos: os interesses são divergentes mas conciliaveis ou são divergentes e inconciliaveis. Na primeira hypothese, visto que

a lei protege igualmente os interesses das partes a solução a dar é a applicação cumulativa das leis pessoais dos interessados sempre que seja possível. Na segunda hypothese, diz Pillet, não pode dar-se uma solução rigorosamente *juridica*, devendo optar-se pela solução que parecer mais *equitativa*, a não ser que haja um preceito de direito positivo legislado ou consuetudinario que expressamente resolva o conflicto. As leis relativas ao reconhecimento dos filhos illegitimos, por exemplo, são, em regra destinadas a proteger simultaneamente os interesses dos paes e dos filhos, devendo, por isso, tal reconhecimento fazer-se em harmonia com a lei pessoal tanto do pae como do filho. Mas se as duas leis forem contraditorias nas suas disposições, por maneira a não poderem applicar-se cumulativamente, o prudente arbitrio do julgador, diz Pillet, decidir-se-ha pela solução que mais aconselhada fôr pela equidade. Não nos parece, porem, muito accetável a solução apontada por Pillet, pois a *equidade* conduziria os tribunaes ao verdadeiro arbitrio. Parece-nos que, tratando-se de interesses divergentes e inconciliáveis e tendo havido uma lei nacional commum, «se deve applicar esta, como fazem as convenções da Haya, de 12 de junho de 1902, sobre os conflictos de leis e de jurisdicções e n materia de divorcio e de separação de pessoas, dispondo que se os conjuges não tiverem a mesma nacionalidade, deverá a sua ultima legislação com n um ser

considera-la co no sua lei nacional, para a applicação dos artigos prece lentes (art. 8.º)» e a de 17 de julho de 1905, sobre os effeitos do casamento, determinando que «se, na constancia do matrimonio, acontecer não terem os conjuges a mesma nacionalidade, deverá a sua ultima legislação commum ser considerada como sua lei nacional para a applicação dos artigos supracitados (art. 9.º, 2.ª parte).» E no caso em que não tenha havido uma lei nacional commum, deverá o tribunal applicar uma dellas, guiando se pelo criterio de justiça.

79 — E' uma questão interessante a de saber se as pessoas collectivas também têm uma lei que, co no para as pessoas singulares, as acompanhem para fóra dos limites do territorio em que se constituíram, regulando alguns factos e relações da sua vida juridica.

Não estão de accordo os escriptores na resolução do problema. Sustentam uns, como Saco-poulo, que as leis que regem a existencia das pessoas collectivas e limitam os seus direitos, formam um *estatuto pessoal* que ellas podem invocar em toda a parte e a que é indispensavel attender na determinação da sua capacidade juridica.

Outros escriptores, como Pillet, contestam a existencia desse estatuto. A lei pessoal, diz o sabio professor, é por sua natureza uma lei que tem por essencia proteger a pessoa contra os abusos

da sua própria liberdade e da sua actividade. A pessoa moral *não existe*, não tem liberdade nem actividade e por isso não tem necessidade dum lei pessoal. Quando a lei concede personalidade a uma associação, concede-lhe o direito de ter um patrimonio distincto do dos associados, mas o que lhe não dá, porque é impossivel, é uma actividade distincta da dos seus membros. Os inglezes dizem que o parlamento não pode transformar um homem numa mulher, e por maioria de razão não pode a lei criar uma pessoa do nada.

A opinião de Sacopoulo é baseada na observação dos factos, os quaes, na verdade, não se harmonizam muito com a doutrina defendida por Pillet. As pessoas collectivas são admittidas a praticar fóra do seu país todos aquelles actos que a sua lei nacional autoriza, com excepção é claro, daquelles que vão de encontro ás disposições das leis locais de garantia social. Como explicar este phenomeno? Pillet interpreta-o pela seguinte forma: os actos praticados pelos representantes das pessoas collectivas fóra do Estado, em que ellas se constituíram, não são reguladas pela sua lei nacional, porque esta acompanhe os representantes das mesmas pessoas para fóra do Estado, mas porque estes actos representam a concretização de faculdades ou poderes conferidos pelos associados e que para os mesmos representantes representam outros tantos direitos adquiridos, que os Estados estrangeiros têm de respeitar. Os po-

deres desses representantes têm a sua fonte no mandato que elles receberam é a propria extensão do mandato depende da lei sob o imperio da qual foi concedido. Elles obram não em virtude da pretensa capacidade duma pessoa inexistente, mas em virtude dum *direito regularmente adquirido*, que deve ser respeitado em toda a parte, mas sómente dentro dos limites em que foi adquirido.

Salvo o devido respeito, a doutrina de Pillet não nos parece aceitavel.

As pessoas collectivas representam a associação e a organização natural e necessaria das actividades individuaes e a lei que preside a essa associação e disciplina essa organização é ainda uma lei de protecção.

A pessoa collectiva existe tanto social como juridicamente, antes, é u na realidade juridica sancionadora duma realidade sociologica, tem porisso mesmo uma actividade propria, deve possuir a indispensavel liberdade para o exercicio dessa actividade, mas tal actividade e liberdade devem ser reguladas pela lei, tanto no interesse dos associados como no interesse da collectividade. A lei competente para preencher esse fim, que é naturalmente a lei do pais da nacionalidade das pessoas juridicas, é certamente uma lei de protecção. A vida moderna não pode ter simplesmente por órgão as actividades individuaes, exige a acção das associações, determina a criação das pessoas

collectivas, e estas, como as pessoas individuaes, precisam da protecção da lei, bem como precisam que esta protecção seja constante e uniforme, as acompanhe em pais estrangeiro, isto é, que seja exterritorial e organizada por uma lei de character pessoal.

O principio do respeito internacional dos direitos adquiridos, pelo qual Pillet procura explicar a razão porque na gestão dos seus negocios as pessoas collectivas usam da sua lei nacional, tambem não é procedente: Os poderes dos representantes das pessoas collectivas conferidos pelo mandato não constituem de forma alguma direitos adquiridos *qua taes*, mas apenas faculdades para a aquisição dos mesmos direitos. Aos representantes é reconhecida apenas uma capacidade especial para praticar actos. Não podemos, porisso, fallar de direitos adquiridos, quando apenas existem faculdades e não actos.

§ 7.º — LEIS DE GARANTIA SOCIAL OU DE ORDEM PUBLICA

- 80 — Noção e caracteres.
- 81 — Critério diferenciador das leis de garantia social.
- 82 — Tendencia para a especificação das leis de interesse e ordem publica.
- 83 — Esphera de acção das leis de ordem publica:

- 1.º) Leis politicas e administrativas;
 - 2.º) Leis de policia e de seguranca — leis penaes;
 - 3.º) Leis de competencia e processo;
 - 4.º) Leis relativas á organizacao da propriedade;
 - 5.º) Leis fiscaes;
 - 6.º) Leis moraes;
 - 7.º) Leis de credito;
 - 8.º) Leis economicas necessarias;
 - 9.º) Leis de ordem.
- 84 — Qualidades das leis de ordem publica.
- 85 — Competencia das leis de interesse e ordem publica.
- 86 — Valor e eficacia das leis de interesse e ordem publica.
- 87 — Direito portuguez.

§ 7.º

Leis de garantia social ou de ordem publica

80 — Ao lado das leis *exterritoriaes* e *de applicação permanente* revelou-nos a analyse dos textos a existencia de leis *territoriaes* e *de applicação geral*, vulgarmente conhecidas por *leis de ordem publica*, mas a que chamaremos com Pillet *leis de garantia social*.

Já anteriormente dissemos que as leis de garantia social — leis que têm por fim a protecção

dos interesses impessoaes da collectividade: — se applicam a todos os individuos, quer nacionaes, quer estrangeiros, que se encontrem dentro do territorio do Estado que os formula; e não têm efficacia extritorial. Essas leis são, pois, *territoriaes e de applicação geral*. (1)

§ 1 — A harmonia que entre os escriptores se manifesta quanto á admissibilidade da existencia das leis de garantia social, destinadas a assegurar os interesses da collectividade nacional em face da comunidade internacional, bem como quanto os seus caracteres de generalidade e territorialidade, desaparece quando procuram determinar o criterio diferenciador das mesmas leis, tendo, quasi pode dizer-se, cada escriptor apresentado um criterio diverso: sem que até hoje se tenha chegado a uma conclusão absolutamente segura.

A primeira escola que procurou dar solução a este problema capital foi a de Savigny, que, partindo da comunidade de direito, fazia algumas restricções em favor do Estado local. Os tribunaes devem applicar a cada relação juridica a lei mais harmonica com a sua natureza, quer

(1) Vide pag. 319-21.

esse lei seja nacional, quer seja estrangeira. Esta applicação, porem, deixa de verificar-se: 1.º) quando a lei estrangeira for contraria a uma lei local rigorosamente prohibitiva, v. gr., a lei que prohibe a polygamia nos países monogamos; 2.º) quando diz respeito a uma instituição desconhecida no Estado local, v. gr., a escravatura, prisão domestica, castigo da mulher, etc.

Depois de Savigny apparece a escola italiana, que divide todas as leis em dois grandes grupos: leis de *ordem publica* e leis de *ordem privada*. As primeiras organizam os interesses da soberania, as segundas a liberdade dos individuos. Estas subdividem-se em dois grupos: direito privado *necessario* e direito privado *voluntario*, aquelle constituido pelo conjuncto de leis que se impoem á vontade dos individuos, embora tenham por fim proteger e organizar os seus interesses, como as que regulam o estado e a capacidade, a familia e as successões, este pelo conjuncto de leis que as partes voluntariamedte aceitam ou que traduzem a sua vontade quando ella não tenha sido expressa. Dessas leis as que a escola italiana considera como sendo de ordem publica são as que organizam os interesses da soberania.

Pillet apresenta tambem um criterio, a que já por varias vezes nos temos referido. Segundo elle, as leis de garantia social distinguem-se das pes-soaes pelo seu fim. Aquellas attendem aos inte-

resses impessoaes e immediatos da collectividade, estas protegem os interesses directos e pessoais dos individuos.

Para Fiore as leis de garantia social são as que protegem os interesses collectivos e cuja infracção produz nullidade insanavel dos actos praticados contra as suas disposições, isto é, leis absolutamente imperativas; para Laurent são as leis relativas aos direitos da sociedade; para Weiss as leis de interesse geral; para Despagnet as leis referentes aos interesses essenciaes do Estado. Bardin considera como leis de garantia social as que traduzem a falta relativa de communnidade internacional entre o Estado local e os outros Estados. Para este escriptor os Estados têm alguma coisa de semelhante e alguma coisa de differente, sendo as leis referentes ás differenças que separam os diversos Estados as que elle considera de ordem publica.

Que pensar destes criterios? O criterio de Savigny parece-nos insufficiente e em contradicção com os factos. Na verdade, a lei que determina que os individuos que não tenham uma certa e determinada idade, não possam casar se, é em cada Estado rigorosamente prohibitiva, e pela doutrina de Savigny essa lei devia ser observada tanto em relação a nacionaes como a estrangeiros. Assim não succede, porem, pois que a capacidade para o casamento é determinada não pela lei do logar da sua celebração, mas pela lei pessoal dos con-

juzes. E certo que entre nós o decreto de 25 de dezembro de 1910, no artigo 62.º, determina que as disposições relativas ao impedimento dos casamentos dos estrangeiros sejam reguladas pela lei portugueza, mas essa disposição não pode abranger os subditos dos Estados que ratificaram a convenção da Haya, de 12 de junho de 1902, sobre o casamento.

O criterio de Bartin parece á primeira vista seductor. Com effeito, é de inteira justiça que tudo aquillo que os Estados têm de diferente seja respeitado para que elle possa viver. Mas assim não succede, pois que, por exemplo, as leis reguladoras da familia, que são sem duvida differentes dos diversos Estados, têm efficacia exterritorial.

O criterio que nos parece mais aceitavel é o de Antoine Pillet. A lei ou se propõe defender os interesses impessoaes da collectividade, e neste caso teremos uma lei de garantia social, ou os interesses pessoaes dos individuos, e neste caso estamos em face duma lei de protecção individual. Como distinguir praticamente umas das outras? Já nos referimos anteriormente a este assumpto e por isso nos abtemos de o repetir neste logar.

82 — Em vista da maior ou menor imprecisão dos criterios apresentados para a differenciação das leis de garantia social ou de ordem

publica, alguns escriptores, entre os quaes Antoine Pillet e Clovis Bevilacqua, procuraram fazer uma enumeração das mesmas leis. Esta tendencia verifica-se tambem no campo legislativo, quer nas leis internas, quer nos tratados. Assim, o codigo Napoleão no artigo 3.º determina que as leis de policia e segurança obrigam todos os que habitam o territorio, que os bens immoveis, mesmo os possuidos pelos estrangeiros, são regidos pela lei franceza. Passando deste codigo ao codigo civil italiano immediatamente reconhecemos que esta enumeração se vae ampliando, accentuando-se ainda mais esta tendencia nos codigos posteriores (1). O mesmo se verifica nos tratados. No tratado de Lima, de 9 de novembro de 1878, os preceitos de ordem publica são escassos; nos tratados de Montevideo, de 1883, já encontramos um grande numero desses preceitos; mas onde se accentua a tendencia para a enumeração dos preceitos de garantia social é nas convenções da Haya, de 1902 e de 1905, onde, ou se precisam as leis de ordem publica, como se faz na convenção sobre a capacidade matrimonial e forma do casamento, ou se impõe a cada Estado signatario a obrigação de comunicar ao governo neer-

(1) Vide pag. 345-353.

landês as leis que consideram de interesse e ordem publica, para que este as communique aos demais Estados signatarios.

83 — Estuda-se a tendencia para a especificação das leis de ordem publica, veja nos qual a esphera da sua acção.

1.) Todos os escriptores reconhecem que as *leis politicas* entram na cathegoria das leis de ordem publica, porque, sendo destinadas a regular a organização e o exercicio da soberania dum Estado, são necessarias á existencia do mesmo, impondo-se, porisso, ao respeito tanto de nacionaes como de estrangeiros. As leis politicas, emquanto definem os direitos politicos e regulam o seu exercicio, não abrangem naturalmente os estrangeiros, visto não gosarem daquelles direitos. Abrangem-nos, porem, 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 abrange no seu aspecto penal ao punir os crimes que elles possam commetter contra a segurança do Estado.

As *leis administrativas* tambem entram na cathegoria das leis de ordem publica, visto que regulam a organização e execução dos serviços pu-

blicos, continuam e completam a acção das leis politicas.

2.º) As *leis de policia e de seguranca*, como são destinadas a garantir a segurança da pessoa e dos bens dos individuos, são leis de ordem publica, que protegem tanto os nacionaes como os estrangeiros e que a todos obrigam igualmente. Foi por estas leis que o *codigo civil francês*, como já vimos, começou a determinação das leis de interesse e ordem publica.

A este grupo pertencem incontestavelmente as *leis penaes*, que são territoriaes no duplo sentido de que os crimes committidos contra estrangeiros são punidos da mesma forma que os committidos contra nacionaes e de que os crimes committidos por estrangeiros são punidos como os committidos por subditos locais. A territorialidade das leis penaes não conduz, porem, sempre á egualdade entre nacionaes e estrangeiros. As differenças podem resultar de tratados, da natureza de delictos (ha delictos que só podem ser committidos por estrangeiros, como ha outros só por nacionaes), da qualidade das pessoas (estrangeiros privilegiados), do lugar do delicto (crimes committidos a bordo dos navios). O principio da territorialidade da lei penal tambem pode ser modificado no sentido de as leis dum pais serem applicadas a delictos committidos em pais estrangeiro. Assim, os estrangeiros privilegiados são

fulgidos no seu país pelo crime committido noutro país, os nacionaes ou estrangeiros, que commetterem algum delicto contra a vida politica e economica do Estado em país estrangeiro, podem ser condemnados pelos tribunaes desse Estado em harmonia com as suas leis, etc. (vide cod. penal art. 53.^o).

As leis relativas á responsabilidade civil resultante de factos illicitos tambem se podem considerar como leis de segurança e, portanto, de ordem publica, sendo competente para determinar a reparação devida e designar as pessoas que devem presta-la a lei do Estado onde o facto é praticado.

3.^o) *As leis de competencia e processo* representam sem duvida um meio de sancionar e garantir os direitos dos individuos, mas são tambem a manifestação da soberania nacional e como tal se impõem aos nacionaes e estrangeiros; tanto nos principios que definem a competencia dos tribunaes, como nas regras de processo a seguir. São, porisso, leis de ordem publica.

4.^o) *As leis relativas á organização da propriedade*, visto se destinarem a garantir os interesses economicos da nação, são leis de ordem publica. É um principio universalmente accete desde os estatutarios que os immóveis estão submetidos á lei do logar da sua situação — *lex rei si-*

tae. O mesmo não succede com os moveis, que segundo a doutrina estatutaria, eram regulados pela lei do domicilio do seu proprietario — *mobilia personam sequuntur*. Esta diversidade de pensamento baseava-se em parte no conceito de *res mobilis, res vilis*, nas hoje, dado o grande desenvolvimento da propriedade mobiliaria, que tem indubitavelmente uma importancia tão grande como a immobiliaria, a doutrina está radicada no sentido de tambem os moveis serem submittidos á *lex rei sitae* como elemento progressivamente importante da riqueza publica e uma das grandes manifestações de economia do Estado. Mas é só á organização da propriedade e dos direitos reaes bem como das restricções ou servidões que podem affectar os direitos dos proprietarios que se limita a territorialidade das leis relativas á propriedade. A *lex rei sitae* applica se, pois, sempre que as coisas sejam consideradas em si mesmas e não em relação ás pessoas a quem pertencem ou que sobre ellas têm direitos. Concretizando: a classificação das coisas, a indicação dos direitos reaes que se podem ter sobre as coisas e a sua extensão, os modos de aquisição e os modos e condição de transmissão da propriedade para que produza effeitos entre as partes ou em relação a terceiros, as garantias reaes no seu reconhecimento, extensão e grauação, as condições e a duração da prescripção immobiliaria ou

mobiliaria nas suas diversas applicações estão sujeitos á *lex rei sitae*.

As relações patrimoniaes que tenham as coisas por objecto, com excepção do regimen da propriedade, podem, porem, ser reguladas por lei differente da territorial. E' o que succede com a successão dos moveis ou immoveis, que é regulada pela lei pessoal do autor da herança; com a forma dos actos juridicos da sua transmissão, que fica subordinada á lei do logar da celebração.

5.º) São tambem de applicação geral e territorial as *leis fiscaes*. A situação juridica dos estrangeiros sob o ponto de vista fiscal assenta sobre tres principios fundamentaes: o principio da *unidade de imposição*; principio da *egualdade tributaria*; e o principio da *territorialidade das leis fiscaes*.

Consiste o primeiro principio em a mesma materia collectavel não ser tributada em mais dum pais, ou em não dever o Estado tributar senão os elementos do patrimonio individual que se encontrem dentro do seu territorio. Este principio nem sempre se verifica, pois que a diversidade de systemas tributarios dos diversos paises conduz por vezes á pluralidade de imposição. E' o que tem logar quando num Estado se toma como materia collectavel o rendimento global do individuo, como o *einkommensteuer*, e noutro o capital.

O principio da egualdade tributaria significa que devem os estrangeiros pagar egualmente aos nacionaes nas mesmas condições. A sua qualidade de estrangeiros não deve ser fundamento para que sobre elles se lancem impostos mais pesados ou diversos daquelles que onera n os nacionaes.

O principio da territorialidade das leis fiscaes significa qua o lançamento do imposto, a determinação da material collectavel, a taxa e a cobrança do imposto so pode n fazer-se e n harmonia com as leis locaes, não podendo o mesmo Estado ter leis diversas para nacionaes e para estrangeiros. Sempre que um estrangeiro se encontre no territorio do Estado e nas condições exigidas pela lei para o pagamento do imposto, a mesma lei deve-lhe ser applicada.

Entre nós a situação juridica dos estrangeiros sob o ponto de vista tributario é regulado pelos seguintes diplomas: a contribuição predial pelo regulamento de 25 de agosto 1831 (art. 1.º) e pelo decreto de 4 de maio de 1911; a contribuição industrial pelo regulamento de 16 de julho de 1895 (art. 1.º, § 1.º, n.º 1 e § 2.º) e pelo decreto de 21 de outubro de 1907 (art. 64.º); a contribuição de rendas de casa e sumptuaria pelo regulamento de 24 de abril de 1902 (art. 1.º); a decima de juros pelo regulamento de 3 de julho de 1895 (art. 1.º, n.º 1.º); a contribuição de registo pelo regulamento de 23 de dezembro de 1893 (art. 1.º e 4.º n.º 5.º, 6.º e 7.º); o imposto de sello pela tabella

geral— lei de 24 de maio de 1902 (verbas n.ºs 45 e 48) e pelo regulamento de 9 de agosto de 1902 (artt. 1.º, 123.º, 135.º e 242.º (1)); os direitos de mercê pelo decreto de 16 de agosto de 1898 (art. 2.º alinea *j*); os emolumentos de secretaria pela lei de 15 de abril de 1857 (condecorações, alinea 10.º) o imposto de rendimento pelo regulamento de 12 de novembro de 1880 (art. 2.º).

6.º) As *leis moraes*, porque representam a expressão dos altos sentimentos moraes da collectividade e são uma garantia do respeito devido a esses sentimentos do qual resulta um bem estar que não pode ser sacrificado ao imperio das leis estrangeiras, são de applicação territorial e geral. Estas leis são as que consagram as grandes regras de moral, que cada Estado considera indispensaveis ao seu modo de ser social, e têm uma sancção juridica, ao contrario das regras da moral, que dictam ao homem a sua conducta pe-

(1) No artigo 242.º diz-se-se que «os documentos expedidos ou passados em pais estrangeiro só poderão ser admittidos em juizo e apresentados a qualquer auctoridade ou repartição publica, nos termos do artigo anterior, paguendo-se previamente por meio de verba, e conforme a tabella, o imposto que pagariam se fossem passados ou expedidos no continente do reino e ilhas adjacentes».

rante a sociedade e têm apenas a sanção da consciencia individual ou collectiva.

São leis moraes as que prohibem a escravatura, a polygamia, o divorcio, o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos, os actos immorales, etc.

7.º) São tambem territoriaes as *leis de credito*, visto que, destinando-se a garantir a lealdade e a segurança nas transacções, visam o interesse da communidade. Estão neste caso as leis referentes ao registo predial, commercial, á circulação fiduciaria ou metalica, á publicação das sentenças, etc. Tambem se podem considerar como pertencentes a este grupo as leis referentes ás execuções, que regulam a intervenção do poder publico com o fim de assegurar ao individuo a effectividade dos seus direitos, por serem u na manifestação da acção judiciaria.

8.º) As *leis economicas necessarias*, que são as que regulam e organizam o exercicio da actividade economica, são tambem de applicação geral e territorial. A este grupo pertencem as leis que regulam as condições do trabalho das crianças e mulheres nas fabricas; as que regulam as limitações ao exercicio do commercio; as que determinam as condições em que se podem importar as mercadorias; etc.

9^o) São *leis de ordem* as que estabelecem na determinada ordem na collectividade. E como são formuladas não no interesse singular dos individuos, mas no interesse da collectividade, são leis de ordem publica. São exemplo destas as leis que regulam as communicações postal, telegraphica, etc.

Podémos especializar ainda mais as leis de garantia social, mas o criterio que apresentamos com a especificação que vimos de fazer parece-nos sufficiente para, na grande maioria dos casos, podermos determinar quaes as leis de garantia social e quaes as de protecção individual.

§ 1 — Vejamos agora as qualidades das leis de ordem publica.

As leis de ordem publica como são estabelecidas para tornar possível a actividade individual, importam uma limitação á mesma actividade, constituindo por isso uma *excepção*. E sendo as leis de excepção de interpretação restricta, a conclusão que immediatamente se deduz é que, em caso de duvida sobre se uma lei é de ordem publica ou de protecção individual, devemos considerá-la como pertencente a esta ultima cathgoria.

Nas obras de quasi todas os internacionalistas faz-se distincção entre leis de *ordem publica interna* e leis de *ordem publica internacional*, sendo as primeiras as que se applicam só aos nacionaes do Estado que as formula, como as relativas ao

estado e capacidade das pessoas, relações de família, successões, etc., e as segundas as que dentro do territorio do Estado se applicam tanto a nacionaes como a estrangeiros, como as respeitantes á organização da propriedade immobiliaria, á competência dos tribunaes, ao processo, etc. Esta classificação apparece, ainda sob 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*.

Admittida esta classificação, ha duas formas de ordem publica, que estão na razão inversa da sua applicação e conteúdo: a ordem publica internacional, porque se estende a nacionaes e estrangeiros, é de applicação mais extensa que a ordem publica interna, pois que esta só se estende aos nacionaes; por outro lado, e mais restricto o conteúdo da primeira, pois só comprehende as leis que directa e immediatamente garantem os interesses da collectividade, enquanto que a segunda abrange não só estas mas todas as que protegem os interesses pessoaes dos individuos e cuja observancia não depende da vontade das partes, á qual se impõe imperativamente.

Esta distincção, comquanto admittida por quasi todos os internacionalistas, não parece fundamentada. A ordem publica é só uma, e esta é constituída pelas leis que organizam e protegem os interesses das pessoas da collectividade. As leis, que protegem os interesses dos individuos são de

observancia obrigatória para elles, e constituem meras leis imperativas e não, como impropriamente lhes chamam, leis de interesse e ordem publica, de que a collectividade só indirectamente tira vantagem. Desta forma não pode dizer-se que haja leis de ordem publica interna e leis de ordem publica internacional, pois que todas as leis de ordem publica se applicam egualmente tanto a nacionaes como a estrangeiros que se encontrem no territorio do Estado, podendo, porisso, dizer-se que todas as leis de ordem publica são de *ordem publica interna*. E' esta a segunda qualidade das leis de ordem publica.

Uma outra qualidade das leis de ordem publica é a sua *mobilidade*. Como ellas asseguram em cada Estado num determinado momento os seus interesses, o seu numero é muito variavel. Assim, os Estados, que hoje não admittem o divorcio, podem amanhã admitti-lo, e os estrangeiros cujas legislações já o reconheciam ficam agora com a faculdade de o requerer nesses Estados, onde até essa data lhes era negado tal direito por ser contrario á sua ordem publica. Ha entre os Estados uma especie de equilibrio instavel, e o numero de leis de interesse e ordem publica, que hoje é grande, pode amanhã ser maior ou menor conforme as circumstancias o exigirem.

85 — Importa agora determinar qual a lei

territorial competente para regular uma determinada situação jurídica.

É simples a determinação quanto ás leis politicas e administrativas, de competencia e processo, relativas á organização da propriedade, fiscaes, economicas necessarias e de ordem. O mesmo não succede, porém, com as leis moraes e as de credito.

As leis politicas e administrativas podem considera-se em relação aos cidadãos ou em relação aos estrangeiros. Quanto aos nacionaes, só a lei do seu pais 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 affecta-los enquanto elles se encontram dentro do territorio do Estado legislador e portanto é exclusiva a competencia das leis do Estado do domicilio, residencia ou passagem dos mesmos estrangeiros.

As leis de competencia e processo a observar na defesa judicial dos direitos do individuo são as do pais onde a acção tiver de ser intentada. Ainda aqui não pode haver duvida na determinação da lei de ordem publica competente.

Em materia de organização da propriedade movel ou imovel é incontestavelmente competente a *lex rei sitae*. Só essa lei pode definir os direitos dos proprietarios e os limites desses direitos.

A lei fiscal competente é a do logar onde se manifesta a materia collectavel, como a propriedade immovel quanto á contribuição predial.

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 do 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 extradicção, e é 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 ao seus representantes diplomaticos. Por motivos semelhantes, é a lei do logar onde for commettido o delicto ou um quasi delicto a competente para regular a responsabilidade civil dahí derivada. Se o facto illicito é praticado a bordo dum navio, deve regular essa responsabilidade a lei do pavilhão. Se tal facto consistir na abloação entre navios, o navio abaloador responde segundo a lei do Estado mairnal, se a abloação se der em aguas territoriaes; deverá responder segundo a lei desse pavilhão, se a abloação se der no alto mar, como o estabeleceu o nosso código commercil (art. 674.º).

Relativamente ás leis economicas necessarias tambem não pode haver duvida de que se devem applicar a todos os individuos que exercem a sua actividade economica no territorio do Estado legislador.

As leis moraes competentes serão naturalmente as do pais cujos sentimentos de honestidade se pretendem salvaguardar. Contudo, esse pais será ora o da celebração do acto juridico como acontecerá quanto á celebração dum segundo casamento, não estando inda dissolvido o primeiro, nos Estados que não admittem a bygamia, ora aquelle em que se pretende exercer um determinado direito, o que succederá com o pedido de divorcio num Estado que não o reconhece. E' 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 desta publicidade. Assim a publicidade dos actos relativos á propriedade imobiliaria como o registo da transmissão de immoveis, de hypotheca, etc., deve ser effectuada no pais da situação dos immoveis e segundo as leis desse pais; a publicidade dos actos relativos ao estado das pessoas, como a interdição, deve ser regulada pela lei do domicilio das pessoas, pois é esta a lei que melhor corresponde

ao fim da publicação, que é tornar conhecidas as modificações operadas no estado das mesmas pessoas; a publicidade da cessão de créditos, para a tornar conhecida do devedor e de terceiros, deve ser regulada pela lei do domicilio do devedor, já que o domicilio do devedor *locatiza* a necessidade do conhecimento das modificações do crédito; o registo do contracto antenupcial do com merciante deve ser regulado 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.

86 — Já ao estudarmos as doutrinas de Savigny, Mancini e Pillet procuramos por em relevo o problema do valor e efficacia das leis de ordem publica e vimos o prisma diverso por que Savigny e Mancini, por um lado, e Pillet, por outro, encaravam a questão.

Para Savigny e Mancini as leis de interesse e ordem publica são uma restricção á comunidade de direito, e, organizando essas leis apenas os interesses geraes do Estado legislador, qualquer acto praticado contra as suas prescripções é ferido apenas de nullidade *relativa*. isto é, só é considerado nullo nesse Estado e valido em todos aquelles que não consagrem nas suas legislações taes disposições de ordem publica.

Para Pillet as leis de interesse e ordem publica não constituem excepção, pois, segundo o seu systema, a comunidade de direito é realizada tanto pelas leis de protecção individual como pelas leis de garantia social. A territorialidade destas leis é regra e não excepção. Desta forma os actos praticados em contrario ás disposições das leis de ordem publica de qualquer pais são, para Pillet, *absolutamente* nullos, não podendo produzir effeitos ainda mesmo naquelles Estados em que taes actos não tenha n violado as suas leis de ordem publica. A doutrina do sabio professor sobre a efficacia dos actos praticados em harmonia ou contra as leis de ordem publica pode synthetizar-se nas duas seguintes regras: 1.^a) a relação juridica constituida contra as regras de ordem publica da lei competente deve ser considerada em toda a parte como irregular e de nenhum effeito; 2.^a) a relação juridica constituida segundo as regras de ordem publica da lei competente deve ser internacionalmente valida e produzir em

toda a parte effectos legais. Esta segunda regra tem todavia um limite. A relação jurídica constituída nos termos indicados não poderá ser considerada como valida num Estado a cujas leis de ordem publica ella 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.

Na doutrina e na jurisprudencia é dominante o systema de Savigny, mas a doutrina de Pillet afigura-se-nos melhor e aquella que hade prevalecer no futuro.

87 — Vejamos qual o systema do direito portuguez relativamente ás leis de garantia social.

No codigo civil uma vez se falla nas *leis de interesse e ordem publica*, não a proposito de direito internacional, mas da sancção dos actos contra ellas praticados (art. 10.º, § unico). Em parte alguma, porem, o autor do codigo formulou expressamente o preceito da territorialidade das leis de ordem publica, mas acceitou e fez delle applicação, como se vê das seguintes disposições: « as hypothecas contrahidas em pais estrangeiro, sobre bens existentes no reino, só produzem os seus effectos desde o dia em que são registadas nas respectivas conservatorias nacionaes (art. 954.º); « se o casamento fôr contrahido em pais

extrangeiro entre portuguez e extrangeira, ou entre extrangeiro e portuguesa. e nada declararem nem estipularem os contraheutes relativamente a seus bens, entender-se ha que casaram conforme o direito commum do pais do conjuge varão, *sem prejuizo do que se ach. disposto neste codigo relativamente aos bens immoveis* (art. 1107.) E que o pensamento do autor do codigo civil era restringir a applicação da lei extrangeira quando fosse contraria aos principios de ordem publica portuguesa, vê-se claramente na *Apostilla* do Visconde de Seabra a censura de Moraes de Carvalho. Nessa *Apostilla* se vê ainda que o auctor do nosso codigo civil perfilhou a doutrina de Savigny, considerando as leis de ordem publica como uma limitação á commnidade de direito.

No codigo do processo civil no art. 1088.º, n.º 5.º diz-se que pode servir de fundamento para opposição da sentença proferida por tribunaes extrangeiros o facto de « conter a sentença decisões *contrarias aos principios de direito publico portuguez* ou *offensivas dos principios de ordem publica* ». E, dada a impossibilidade da execução das sentenças contrarias ou offensivas dos principios de ordem publica, por maioria de razão segue-se que não são validos em Portugal os actos praticados contra as nossas leis de ordem publica, embora tenham tido logar no extrangeiro.

Mas o que indirectamente resulta dos codigos civil

e de processo civil, foi directa e claramente estabelecido pelo código commercial. Este código dispõe que os actos de commercio serão regulados, quanto á substancia e effeitos das obrigações, pela lei do logar onde foram celebrados, a não ser quando da sua execução resulte *offensa ao direito publico portuguez* ou *aos principios de ordem publica* (art. 4.º, n.º 1.º e § unico, e que a capacidade commercial dos estrangeiros, que contraem obrigações mercantis em territorio portuguez, é regulada pela lei do seu país, salvo naquillo em que essa lei for *opposta ao direito publico portuguez*.

No decreto n.º 1.º de 25 de dezembro de 1910 determina-se que os portuguezes podem casar-se em país estrangeiro pela forma que for legalmente exigida nesse país, *se não contrariar os principios do direito publico portuguez*. No artigo 242.º do código do registo civil tambem encontramos a formula *«quando não contrariarem os principios de direito publico portuguez»* a proposito da transcripção dos casamentos de portuguezes celebrados no estrangeiro perante autoridades estrangeiras.

Apresenta-se assim uma divergencia de formulas, quer entre as proprias disposições do código commercial, quer entre estas e as das leis de familia e registo civil. A diversidade de formulas implicará uma correspondente diversidade de significações, ou devemos attribuir a todas o mesmo

alcance? Parece-nos que todas encerram a mesma significação.

A diversidade que encontramos no código commercial é consequencia das alterações feitas ao artigo 5.º do projecto primitivo, correspondente ao actual artigo 4.º, em que se encontrava uma formula precisamente egual á do actual artigo 12.º. A alteração foi feita para harmonizar a disposição daquelle artigo com a do artigo 1088.º, § 1.º, n.º 4.º do código de processo civil, mas o mesmo não succedeu com o artigo do projecto correspondente ao artigo 12.º, que, segundo consta das actas, foi approvedo *salva a redacção*. Parece-nos poder concluir em face dos trabalhos parlamentares que as formulas do código commercial têm a mesma significação e por consequencia são identicas ao código de processo civil. A formula usada pelas citadas leis de 1910 e 1911 parece-nos que abrange não só os principios contidos no direito publico codificado segundo a classificação classica, como o direito constitucional, penal, processual e administrativo, mas tambem os principios contidos no direito privado, que a vontade das partes não pode modificar, como os referentes á organização da familia e da propriedade. O autor dos citados decretos considerou o direito publico como sendo aquelle que não pode ser derogado pela vontade das partes, *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, dando assim uma significação ampla á expressão direito pu-

blico. Parece nos, pois, que as formulas do código de processo civil, do código commercial, da lei de familia e do código do registo civil têm o mesmo alcance.

§ 8.º — LEIS DE FORMA

- 88 — Principio geral — *Locus regit actum*.
- 89 — Fundamento do principio
- 90 — Extensão do principio quanto ás formalidades que abrange.
- 91 — Extensão do principio quanto aos actos que abrange.
- 92 — Character do principio.
- 93 — Valor do principio.
- 94 — Direito portuguez.

§ 8.º

Leis de forma

88 — No inventario que fizemos dos tratados e leis internas verificamos que havia uma determinada ordem de preceitos juridicos rigorosa e unitariamente imperativos aos quaes a vontade das partes tem de se subordinar, não podendo em caso algum substitui-los ou modifica-los. São as leis

de protecção individual e as de garantia social. Mas ao lado destas vimos tambem um outro grupo de leis tambem imperativas, embora sem aquelle rigor, sem aquelle unidade. São as leis de forma. E dizem sem aquelle rigor e unidade, visto que elles podem ser dentro de certos limites alteradas pela vontade das partes. Assim, quando a lei não estabelece uma determinada formalidade para um acto juridico, este pode constituir-se ou verbalmente perante testemunhas, ou por documento particular, ou por documento authenticado, ou ainda por documento authenticico. O mesmo não succede com as leis de protecção individual e as de garantia social: a idade para maioridade, por exemplo, é sempre determinada por uma certa lei; o regimen de propriedade é sempre regulado pela mesma lei. Deste modo as leis de forma occupam um campo intermediario entre as leis pessoas e de ordem publica, que são unitariamente imperativas, e as leis largamente supplementivas, em que domina o principio da autonomia da vontade, isto é, em que a vontade das partes pode livremente deroga-las. E tendo já tratado das leis unitariamente imperativas, segue-se naturalmente o estudo das leis de forma, deixando para o ultimo lugar as leis em que domina amplamente o principio da autonomia da vontade.

O principio mais geral sobre a lei reguladora da forma dos actos é o do *locus regit actum*. Este principio, que já vem formulado desde ^{estatutarios} Da-

~~nossa~~. apparece hoje nas legislações e nos tratados com *bastante* uniformidade e significa que a forma dos actos juridicos é regulada pela lei do logar da celebração. Dissemos que o principio era bastante uniforme, porque se é certo que ha legislações, como a nossa, em que elle apparece como unico *competente*, ha outros em que é considerado apenas como *sufficiente*. No codigo civil portuguez, art. 24.^o *in fine*, determina se que a forma externa dos actos *será* regida pela lei do pais, onde forem celebrados, salvo nos casos em que a propria lei ordenar o contrario. A propria redacção do artigo mostra claramente o character imperativo da disposição. Deste modo, afóra os rarissimos casos especiaes em que a lei ordenar o contrario, deverão as partes, para que o acto seja considerado valido em Portugal, realiza-lo de harmonia com a lei do logar da celebração, que é assim a unica competente. Disposição analogá se encontra no codigo commercial, art. 4.^o § 3.^o, e em varias legislações estrangeiras. Mas a lei de introduccão ao codigo civil allemão (art. 11.^o) e a lei japonesa de 15 de junho de 1898 (art. 9.^o) preceituam que a forma externa dos actos juridicos será regulada pela lei reguladora da respectiva relação juridica, considerando *sufficiente* a lei do logar da celebração; e o codigo civil italiano no artigo 9.^o do titulo preliminar dispõe que a forma extrinseca dos actos entre vivos e de ultima vontade é regulada pela lei do logar da celebra-

ção e que os disponentes ou contractantes têm, porém, a faculdade de seguir a sua lei nacional, contanto que esta seja commum a todas as partes. Pelas leis allemã e japonêsa a lei competente é a reguladora da respectiva relação juridica e sufficiente a lei do logir da celebração. Segundo o código italiano a regra é o *locus regit actum* e só no caso em que as partes sejam da mesma nacionalidade poderão estas optar pela sua lei nacional commum.

Daqui resulta que o principio *locus regit actum* apparece nas legislações ora como lei competente ora como *sufficiente*.

89 — Qual a razão deste principio tão uniformemente seguido? Muitas têm sido as theorias apresentadas para as explicar.

A primeira theoria que apparece é a da *utilidade*, que pretende justificar o principio *locus regit actum* pela utilidade de obviar á difficuldade que resulta para as partes em pais estrangeiro de não conhecerem nem lhes ser facil conhecer a lei reguladora do seu pais, difficuldade que é ainda maior quando as partes pertencem a nacionalidades differentes. Esta theoria não nos parece razoavel. Apresenta uma razão de utilidade para as partes, mas não dá uma razão juridica, unica em que deve basear-se o principio *locus regit actum*.

Apparece em seguida a theoria da *necessidade* que explica o principio pela necessidade da intervenção do official publico para a celebração de certos actos como condição da sua validade. Esta razão tambem não tem fundamento juridico, pois que no caso em que fosse necessaria a intervenção do official publico, deviam as partes praticar o acto juridico no seu país, para que fosse juridicamente valido.

Como esta theoria fosse insufficiente, appareceu a theoria de *ordem publica*, segundo a qual as leis da forma são leis de ordem publica, devendo, por isso, conformar-se com ellas todos os actos celebrados no territorio do Estado legislador. Mas as leis de ordem publica não admittem excepções e em caso nenhum podem ser derogadas pela vontade das partes, o que não succede com as leis de forma que não só admittem variantes, mas tambem podem ser postas de lado pelas partes, como succede na Allemanha, Japão e Italia, e ainda em todos os países sempre que o acto seja celebrado perante os respectivos consules. Não podendo, assim, as leis da forma ser consideradas como de ordem publica, qual será a verdadeira razão do principio *locus regit actum*?

Creemos pode la encontrar no *fim social da lei da forma*. Para que servem estas leis? Para assegurar os direitos do individuo, para os demonstrar num determinado momento quando elles sejam contestados.

Diz Pillet que a forma dos actos interessa 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 forma 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 forma dos actos juridicos constitue um meio de protecção dos seus nacionaes enquanto dá certeza aos seus direitos e garante a conservação dos mesmos direitos; interessa finalmente ao terceiro, já que o emprego de formas determinadas facilita a missão dos juizes e diminue as causas de erro que acompanham as suas funcções. Ora, na impossibilidade de applicar a lei de forma 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 formas tem por fim a melhor administração da justiça e quando não ha contestação judicial as formas deixam de ter valor. Contudo, semelhante principio de competencia não resolve a questão, pois ao praticar um acto juridico não é possível prever o juizo que virá a aprecia-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 formas nas relações internacionaes. Em primeiro lugar, seria frequente o caso de se encontrarem em um acto juridico individuos de diferentes Estados com leis de forma tambem differentes e portanto applicaveis conjunctamente ao mesmo acto. De tal modo, seria impossivel ao individuo praticar actos juridicos fóra do seu pais 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 effizantemente o fim util da forma dos actos juridicos. A *lex fori* é de applicação impossivel, a lei nacional é insufficiente, a *lex loci* satisfaz as legitimas exigencias do commercio internacional, tanto mais que deve suppor-se que essa lei organiza a forma dos actos juridicos em harmonia com as justas necessidades da certeza e conservação dos direitos individuaes:

DD — Qual a extensão do principio *locus regit actum* quanto ás formalidades? Nos actos juridicos podem distinguir-se formalidades de diversa natureza: *forma extrinseca*, *forma intrinseca*, *formalidade habilitante*, *formalidade executiva* e *formalidade de publicação*. Abrangerá estas todas formalidades?

E' doutrina corrente que o principio *locus regit actum* só abrange a *forma extrinseca* dos actos juridicos, isto é, todos aquelles requisitos que tornam visivel o acto, pelo qual se manifesta a vontade das partes, e se destinam a certificar a existencia do mesmo acto e a facilitar a sua prova em caso de contestação.

Excluem se por consequencia do campo da sua applicação: a forma *intrinseca* do acto, que é o conjunto das *condições do fundo* do mesmo acto, como a capacidade, o mutuo consenso e o objecto possivel; as formalidades habilitantes, com as quaes se têm em vista supprir a incapacidade de certas pessoas, collocando-as em condições de poderem praticar actos juridicos, como, por exemplo, a auctorização da mulher ao marido para a pratica de certos actos respeitantes aos bens immobiliarios, do pae ao filho menor, do curador ao prodigo, etc. Estas formalidades, porque são estabelecidas no interesse das pessoas que a lei quer proteger, são reguladas pela sua lei pessoal; as formalidades executivas, que têm por fim dar judicialmente effectividade ás obrigações que pelo acto juridico se constituiram e que entram na esphera da applicação das leis processuaes; finalmente, as formalidades de publicação, que se destinam a assegurar o credito publico e os direitos de terceiros, as quaes, como ja dissemos, devem ser reguladas pela lei que melhor assegure o fim da publicidade.

21 — Quaes os actos que abrange o principio *locus regit actum*?

Todos os escriptores são concordes em que o principio abrange os actos authenticos. Em verdade, é evidente que para celebrar actos desta natureza é necessario conformar se com a lei do pais onde o acto se realiza, porque os officiaes publicos desse pais não prestarão os seus serviços senão para os actos que entrem nas suas attribuições, seguindo a lei que os rege, e observarão as diversas condições de formas prescriptas pela mesma lei.

Mas esta unanimidade de vistas desaparece quando se trata da applicação do *locus regit actum* aos actos que se realizam por documentos particulares, sustentando uns que esse principio tem inteira applicação e contestando outros a mesma applicação. Allegem estes em abono da sua opinião que não ha nos documentos particulares necessidade de intervenção do official publico, unico fundamento, para elles, do principio *locus regit actum*, podendo porisso as partes celebrar o acto em harmonia com as prescrições da sua lei nacional. Não nos parece verdadeira esta doutrina. O principio *locus regit actum* applica se, segundo o nosso modo de ver, aos actos realizados por documentos particulares em vista do fundamento do mesmo principio, a que anteriormente nos referimos. O mesmo se pode dizer da applicação desse principio aos actos verbaes.

A difficuldade apparece quando se procura saber se o principio *locus regit actum* abrange os actos em que a forma só é destinada *ad probationem*, isto é, quando constituem um meio de tornar certo os mesmos actos e prova delles perante os tribunaes, ou se abrange tambem os actos em que a forma é *ad solemnitatem* ou sejam, os actos em que por lei seja exigida como elemento essencial da existencia dos mesmos actos uma certa solemnidade, determinando a sua falta a não existencia dos mesmos. E' o que se verifica na hypothese de emprestimo superior a 400,000, para o qual a nossa lei exige a escriptura publica como condição essencial da existencia do mesmo acto.

Todos os escriptores estão de accordo em que os actos, em que a forma seja um simples meio de prova, entram no principio *locus regit actum*; mas dividem-se as opiniões quanto aos actos em que a forma seja *ad solemnitatem*. Entendem uns, seguindo o *systema rigoroso*, que, já que a forma é em taes casos condição essencial do acto juridico, devem ser nullos os actos praticados de modo diverso nos paises em que aquella forma seja exigida. Assim, como em Portugal se exige para a validade da transmissão de bens immobiliarios de valor superior a 50,000 escriptura publica, é nulla no nosso pais a transmissão feita num outro, em que se não exija tal solemnidade, de bens immobiliarios daquelle valor. Neste caso,

dizem os defensores desta doutrina, é necessario escriptura publica, embora os requisitos da sua authenticidade seja ñ os determinados pela lei do logar da celebração. Esta doutrina, porém, tem o grave inconveniente de inutilizar o destino pratico do principio *locus regit actum*, impossibilitando os expatriados de realizarem actos juridicos para cuja validade a lei do seu pais exigisse authenticidade e aos quaes, segundo as leis locaes, não pudesse ser dada essa authenticidade. Porisso a doutrina predominante é a de que o principio abrange tanto a forma meio de prova, como a forma solemnidade, considerando-se assim sufficiente u n documento particular feito em pais estrangeiro de harmonia com a sua lei para provar um acto juridico nu n outro pais, onde é exigido documento authenticico.

E qual a lei que determina as características da authenticidade? Evidentemente que é a lei do logar da celebração.

O principio *locus regit actum* não abrange na Allemanha, Japão, Inglaterra e Estados Unidos da America do Norte os actos juridicos pelos quaes se constituem e transferem os direitos reaes, os quaes segundo as respectivas legislações são regulados pela lei reguladora da relação juridica, isto é, pela lei da situação, que é a lei reguladora da propriedade. No Brazil o principio *locus regit actum* não se applica às hypothecas de bens sitos no territorio, as quaes devem ser constituídas

de harmonia com a lei brasileira.

A inovação destas legislações não foi bem recebida pela critica, que lhe não encontrou um fundamento sufficiente. Na verdade, não só a lei do logar da celebração garante sufficientemente os direitos das partes, mas ainda é nítida a differença entre os requisitos intrínsecos e extrínsecos dos actos jurídicos e por isso se lhes pode applicar leis diversas; um mesmo acto pode ser regulado na sua validade intrínseca por leis differentes, como pode acontecer com a capacidade e o conteúdo, e portanto não poderá dizer-se que o acto jurídico constitue um todo inscindivel para o effeito de determinar a sua lei reguladora; se a mesma lei deve regular o acto tanto no conteúdo como na forma, a applicação da lei da relação jurídica deveria ser sempre obrigatoria, não se comprehendendo o reconhecimento do principio *locus regit actum* como excepcional e facultativo.

§ 2 — O principio *locus regit actum* será um principio de direito internacional *qua tal*, isto é, estará estabelecido nos tratados e no costume internacional, ou será apenas um principio sancionado pelas leis internas dos Estados?

E' importante conhecer o caracter desse principio, porque no primeiro caso elle obrigará todos os Estados mesmo aquelles que nas suas legisla-

ções não consignem o mesmo principio, e no segundo terá apenas o valor que as leis internas lhe attribuirem.

O principio não passa por ora duma regra uniformemente estabelecida nas legislações, não sendo um principio de direito internacional *qua tal*, tendo, por isso, somente o valor que lhe é attribuido pelas leis internas.

§ 1.—Não sendo o principio *locus regit actum* um preceito de direito internacional *qua tal*, pergunta-se se elle deverá considerar-se obrigatorio ou meramente facultativo.

Em geral os autores inclinam-se para o seu character facultativo, podendo assim os individuos realizar fora do seu pais os actos juridicos, conformando-se com as prescripções da *lex loci* ou da sua lei nacional, desde que não haja impossibilidade material que os impeça de se conformarem com esta.

Mas o valor depende do character que as leis internas lhe attribuem. Algumas legislações, como a nossa, a hollandêsa, a mexicana, estabelecem o principio como obrigatorio. A propria lei italiana o considera tambem obrigatorio em certos casos. A tendencia geral, porém, é para considerar o principio como facultativo. E esta tendencia manifesta-se não só no campo da doutrina

como ainda no campo legislativo, tendo as convenções da Haya, de 17 de julho de 1905, sobre os effectos do casamento e sobre successões, respectivamente nos artigos 6.º e 3.º, seguido esta orientação. Assim, o art. 6.º dispõe que «a convenção nupcial é valida quanto á forma se foi outorgada em conformidade quer da lei do pais em que foi feita, quer da lei nacional de cada um dos futuros conjuges na occasião da celebração do casamento, ou ainda, no caso de ter sido outorgada na constancia do matrimonio, e em conformidade da lei nacional de cada um dos conjuges» e o art. 3.º que «os testamentos serão validos, quanto á forma, se satisfizerem as prescripções, quer da lei do logar em que foram feitos, quer da lei do pais a que o defuncto pertencia no momento de dispor».

Em verdade a tendencia no sentido de se considerar facultativo o principio *locus regit actum* parece-nos razoavel. As leis de forma não podem ser consideradas de ordem publica, o que vemos pela circumstancia de, umas vezes, o rigor da forma ser attenuado, como acontece em direito com mercial, e de, outras vezes, a forma admittir equivalentes e substitutivos. São leis que têm por fim proteger os interesses das partes, devendo, por isso, admittir-se o emprego da forma nacional quando isso seja possivel.

O reconhecimento das funções notariaes dos consules não representa senão a consagração do

caracter facultativo do principio *locus regit actum* para os actos que exigem a intervenção do official publico.

Mas a applicação da lei nacional dos interessados nem sempre pode fazer-se, pois só tem lugar nos actos privados ou unilateraes, ou quando as partes tiverem a mesma nacionalidade, ou, não a tendo, quando as suas leis nacionaes se possam applicar cumulativamente. Quando os actos tenham de ser realizados perante os funcionarios locais, têm de ser regulados pela *lex loci*, visto que o exercicio das funcções publicas está sujeito ás leis territoriaes. E tambem a divergencia das leis nacionaes dos interessados pode tornar para elles obrigatorio o principio *locus regit actum*. Nesta orientação determinou a conferencia da Haya de 1893, no protocollo final, que «a forma dos actos é regulada pela lei do lugar em que são praticados. Todavia, os actos realizados por documento particular podem ser celebrados na forma admittida pelas leis nacionaes identicas de todas as partes».

94 — Vejamos até onde as ideias expostas acerca do principio *locus regit actum* foram sancionadas pelo direito portuguez.

O direito portuguez consignou expresamente o principio, como resulta dos artt. 24.º, 1065.º,

1085.º, 1106.º, 1961.º, 1965.º, 2430.º, 2471.º do código civil, do art. 213.º do código de processo civil, do art. 4.º, n.º 3 do código commercial e dos artt. 89.º e 90.º do regulamento consular.

No artigo 24.º do código civil consignava-se o principio geral, pois que ali se estabelece que a «forma externa dos actos será regida pela lei do pais onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario. Igual principio está estabelecido no art. 4.º n.º 3.º do código commercial, onde se dispõe que «os actos de commercio serão regulados, quanto á forma externa, pela lei do lugar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario»

Mas seguiria o nosso legislador a orientação da maior parte das legislações, considerando o principio como *competente* ou simplesmente *sufficiente*? A redacção dos artigos supracitados não dá lugar a duvidas, pois nelle se determina que a forma externa dos actos será regida pela lei do lugar da celebração, o que mostra claramente o seu character imperativo, dando-lhe assim o nosso legislador a funcção de *competencia*.

Relativamente ás formalidades, pode dizer se que abrange simplesmente as formalidades extrinsecas, pois tanto o código civil como o commercial só se referem á forma externa dos actos.

O principio *locus regit actum* comprehende os actos authenticos e particulares. Nem o codi-

go civil nem o commercial fazem distincção e porisso tambem não a podemos fazer. Acresce ainda que a lei determina que alguns actos solemnes sejam celebrados duma certa e determinada maneira, como succede com o testamento celebrado em pais estrangeiro para cuja validade exige expressamente certas formalidades, subtraindo assim ao principio geral, e nada disse a respeito dos actos particulares, o que parece significar que os incluiu no principio *locus regit actum*.

O principio estende-se ainda no nosso direito tanto a s actos em que a forma é *ad probationem* como áquelles em que é *ad solemnitatem*, não só porque os codigos civil e commercial fallam em geral da forma externa dos actos jurídicos, mas ainda porque, por um lado, o codigo civil permitiu 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 pais estrangeiro deviam ser celebrados por uma forma authentica, como as convenções antenuciaes estipuladas entre portuguezes no estrangeiro (art. 1106.º) e o testamento feito por portuguezes em pais estrangeiro (art. 1951.º).

Qual é a lei reguladora da authenticidade dos actos celebrados em pais estrangeiro? E' a do logar da celebração, diz o art. 2430.º do código civil, que determina que « os documentos authenticos, passados em pais estrangeiro, na conformi-

dade da lei desse país, furão prova neste reino, como o fariam documentos da mesma natureza exarados ou expedidos nelle». Isto significa não que a lei portugueza exija que os actos praticados fóra de Portugal sejam celebrados por forma authentica, quando a lei portugueza exija para elles documento authentico, nos casos em que tal formalidade não é exigida pela lei do logar da celebração, mas que a authenticidade dos documentos se avalia pela lei do país e n que são passados e que, quando têm a authenticidade exigida por essa lei, têm a mesma força probatoria que teria se cá fosse exarado.

O principio *locus regit actum* applica-se, quer aos actos de portuguezes, quer de estrangeiros, porque a lei não estabelece nenhuma distincção a este respeito.

O principio será facultativo ou obrigatorio? E' obrigatorio, como clara mente demonstra a forma imperativa da redacção dos artigos 24.^o do codigo civil e 4.^o, n.^o 3.^o do codigo commercial, que empregam a expressão *será e serão*. Contudo 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 portugueza 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 for-

ma da lei nacional dos interessados sempre que a applicação dessa lei fosse possível.

Não é *absoluto* o principio *locus regit actum* sancionado pela nossa legislação, pois admite restricções de duas ordens: uma é constituida por todos os actos que podem ser praticados, quer pelos consules portuguezes em pais estrangeiro, quer pelos consules estrangeiros em Portugal, de harmonia com o direito consular, os quaes são celebrados segundo a lei do pais do respectivo consul; outra é constituida pelos actos que a lei expressamente exceptuou. As restricções desta ultima ordem são poucas, quatro apenas, duas no codigo civil (art. 1106.º e 1951.º) referentes as convenções ante-nupciaes e ao testamento de portuguezes em pais estrangeiro, os quaes só podem ser celebrados por u na forma authentica ou perante os consules portuguezes, ou segundo a forma de authenticidade estabelecida no Estado local, e outras duas no codigo commercial (art. 516.º, §§ 2.º e 3.º e art. 591.º), referentes ao rol de equipagem de navio portuguez, contracto que deve ser feito perante o funcionario consular portuguez, ou na falta d'este, escripto e assignado no diario de navegação, e á escriptura de hypotheca de navio portuguez que deve ser lavrada pelo funcionario consular portuguez, ou, na falta deste, constituida por escripto feito a bordo, com duas testemunhas, e lançado no livro de contas. As restricções do codigo commercial são inoffen-

sivas, pois que os respectivos actos juridicos podem sempre praticar-se, o que não succede com a do código civil que deixarão os individuos em embarras sempre que no país não haja consul português ou forma authentica para a celebração dos mesmos actos.

§ 9.º — LEIS SUPPLETIVAS

- 95 — Noção de leis suppletivas no direito interno. Princípio que domina a sua applicação — autonomia da vontade.
- 96 — O princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado :
- 97 — Systema de Savigny;
- 98 — Escola italiana;
- 99 — Exaggero do princípio e reacção contra este exaggero,
- 100 — Direito português.

§ 9.º

Leis suppletivas

95 — Depois de termos estudado as leis de protecção individual, que constituem a regra e têm character imperativo, as leis de garantia so-

cial, que tambem são imperativas, mas constituem excepção, trata nos das leis de forma em que já apparece o principio da autonomia da vontade, embora muito limitado. Vamos agora tratar dum outro grupo de leis, a que já por vezes nos temos referido, e que é perfeitamente distincto de qualquer dos já tratados, porquanto as leis que o constituem não são orden que se imponha imperativamente nos individuos, mas meros conselhos tententes á defesa dos seus interesses, e que elles podem seguir ou não, entendendo se que, quando elles não manifestem vontade contraria ou differente, quizeram que os actos juridicos por elles realizados tivessem os effeitos marcados na lei. Chamam-se *leis suppletivas, facultativas* ou *interpretativas*. Nestas a vontade das partes é autonoma, podendo aceita-las ou rejeita-las.

Numerosos exemplos de leis suppletivas encontramos na nossa legislação. Assim, o codigo civil no artigo 1096.º dispõe que «é licito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes approuver relativamente a seus bens» e para o caso em que não manifestem a sua vontade determina que o casamento deve ser considerado como feito segundo o regimen da communhão geral de bens (art. 1098.º); no artigo 164.º prescreve-se que em contracto de usura, na falta de estipulação, o juro será de cinco por cento do capital.

Não é facil por vezes distinguir as leis supple-

tivas, pois se muitas vezes encontramos a expressão *salvo havendo declaração em contrario*, como succede no artigo 1243.º do código civil, na grande maioria dos casos não apparece tal expressão nem outras semelhantes.

D—Foi com Dumoulin, estatutario da escola italiana, embora de nacionalidade franceza, que o principio da autonomia da vontade das partes entrou no ambito do direito internacional privado. Será conveniente recordar neste ponto a doutrina desse escriptor, a quem cabe a gloria da sua innovação. Dumoulin dividia os estatutos em dois grandes grupos, abrangendo num todas as disposições referentes á instancia e á forma dos actos, no outro as relativas ao fim, isto é. ao fundo do proprio acto. Relativamente á forma dos actos admitia, como os seus antecessores, o principio *locus regit actum*, e relativamente ao processo a *lex fori*. Quanto ao fundo ainda distinguia as leis facultativas (*aut statutum loquitur de his quae pendent a voluntate partium v. l. per eas immutari possunt*) e as leis imperativas (*aut disponit in his quae non pendent a voluntate partium sed a sola potestate legis*). A respeito das leis da primeira especie observa Dumoulin que ellas dão origem antes a uma questão de facto do que a uma questão de direito, pois que tudo se reduz a saber qual

seria a vontade das partes. O dominio da vontade das partes era assim livre na escolha das leis facultativas, cuja força derivava da mesma vontade manifestada expressa ou tacitamente, mas era impotente para modificar as disposições contidas nas leis imperativas.

Vejamos qual o destino que o principio da autonomia da vontade teve no direito internacional privado.

§ 3.—Depois da doutrina dos estatutários o systema de resolução dos conflictos que mais feriu a attenção dos juristas foi a renovação profunda das doutrinas anteriores foi o de Savigny. Neste systema ha alguma coisa que considerar como ponto de partida do destino do principio da autonomia da vontade.

Parte Savigny do principio de que cada relação juridica deve ser regulada pela lei mais harmonica com a sua natureza. O caminho para a determinação dessa lei indica-o o illustre cultor do direito romano dizendo que dentro da communiidade de direito cada relação juridica tem a sua sede legal, isto é, está por sua natureza sujeita á lei dum país, sendo portanto essa lei, lei da sede, a unica competente para regular a relação juridica. Tudo se reduz por consequencia á determinação da sede da relação juridica. A relação ju-

rídica é sempre o resultado da manifestação da vontade no sentido de constituir essa relação em harmonia com as disposições legais, que regulam os efeitos que se tirham em vista ao estabelecer tal relação e, portanto, é o resultado do principio da submissão voluntaria a um direito determinado. Mas a vontade ou se manifesta pela escolha directa da lei ou pela pratica dum facto que determina a applicação della. Em qualquer dos casos, é sempre o principio da submissão voluntaria que determina a escolha da lei reguladora da relação que se estabelece. É porisso que Savigny sujeita o estado e a capacidade á lei do domicilio, pois que a vontade se manifestou na escolha desse domicilio; as relações de família são igualmente reguladas pela lei do domicilio, pois que tambem na sua escolha se manifestou a vontade do chefe de familia. O principio de submissão voluntaria exerce assim no systema de Savigny uma função importante, da qual resulta a autonomia da vontade das partes.

Se no systema de Savigny o principio da autonomia da vontade tem um logar e uma significação juridicamente explicavel, vejamos o que succede nas outras escolas.

28 — A escola italiana deu ao principio uma amplitude que não pode manter se dentro do ca-
n-

po do direito, constituindo até um absurdo, pois que reconhecia á vontade um poder no campo internacional muito mais amplo do que no direito interno. Partindo da divisão do direito em publico e privado, e deste em *necessario* e *voluntario*, entendia que o direito publico e o direito privado necessario, constituído pelas leis que regulam o estado e capacidade, as relações de familia, as successões e a forma dos actos, não podiam ser modificados pela vontade das partes, seguindo assim o principio de que todas as disposições que não fossem as das supracitadas leis, entravam no campo do dominio da vontade.

Ora o exaggero da escola na pureza da sua doutrina, está precisamente em considerar, na ordem internacional, imperativas só aquellas disposições, quando no direito interno ha outras disposições, como as respeitantes ao vicio dos consentimentos, á responsabilidade em caso de inexecução, á prescripção extinctiva, etc., que a propria escola considera como imperativas. Com que fundamento retira a escola o character obrigatorio a estas leis na ordem internacional?

☛ — O exaggero da doutrina italiana provocou por parte de escriptores francêses e allemães uma reacção que conduziu o principio da autonomia da vontade ao campo de que ella o tinha desviado.

português? Abrangerá só as leis suppletivas ou também as leis imperativas? Não é aqui altura conveniente para tratarmos da interpretação desses artigos. No logar proprio referir-nos-hemos a este assumpto.

Portugal ratificou as convenções da Haya, de 1905, sobre as successões e efeitos do casamento, nas quaes respectivamente nos artigos 1.º e 5.º se formula o principio da autonomia da vontade.



SECÇÃO II

Regimea Juridico Internacional dos elementos da relação jurídica

§ 1.º — SUJEITO DA RELAÇÃO JURIDICA

- 101 — Noção e elementos da relação jurídica.
 - 102 — Existencia da personalidade jurídica.
 - 103 — Começo da personalidade.
 - 104 — Protecção dos nascituros.
 - 105 — Estado e capacidade das pessoas.
 - 106 — Capacidade de ter direitos e capacidade de exercer direitos.
 - 107 — Capacidade civil geral e capacidade para praticar determinados actos ou ser sujeito de determinados direitos.
 - 108 — Limitações ao principio.
 - 109 — Capacidade para ser responsável pela pratica de factos illicitos.
 - 110 — Incapacidades.
 - 111 — Nome das pessoas.
 - 112 — Termo da personalidade:
 - a) Morte natural;
 - b) Morte civil;
 - c) Morte presumida.
 - 113 — Lei reguladora do domicilio.
 - 114 — Regimen dos actos do estado civil.
-

Sujeito da relação jurídica

101 — Estudados os fundamentos doutrinaes da resolução dos conflictos das leis, passemos a ver como os principios se coordenam para a regulamentação dos elementos das relações jurídicas.

Relação jurídica é uma relação da vida social regulada e garantida pelo direito. Em toda a relação jurídica, na mais simples ou na mais complexa, apparecem sempre estes elementos: *sujeito*, *objecto*, *facto juridico* e *garantia*.

O *sujeito* é a pessoa a quem o direito objectivo attribue poderes para tornar effectivo um negocio de ordem material ou moral. Assim, o direito de credito é um direito subjectivo de character economico; o direito que o pae tem á obediencia do filho é um direito de character moral.

O *objecto* é o interesse em relação ao qual se manifesta a vontade ou poder do sujeito. O objecto do direito tanto pode ser constituido por coisas corporeas sobre que se exerça directa e physicamente o poder reconhecido pela lei como qualquer coisa incorporea ou conceitos abstractos.

O *facto juridico* é o meio pelo qual se concretizam os poderes ou faculdades reconhecidos pelo direito objectivo, adquirindo-se, extinguindo-

se ou modificando-se direitos em relação a um determinado objecto. O facto jurídico é condição da existencia da relação jurídica e resulta da manifestação da vontade ou duma contingencia prevista pela lei.

Finalmente, a *garantia* é a faculdade que tem o titular dum direito de o tornar effectivo, constringendo os outros a respeitá-lo. A garantia pode assumir duas formas, ou a *auto-defesa*, quando o individuo se serve da sua propria força e autoridade para se manter ou reintegrar no direito ameaçado ou violado, o que constitue hoje excepção nos povos civilizados, ou a *acção judicial*, quando o individuo recorre aos tribunaes para a protecção e defesa dos seus direitos.

102 — Dadas as noções dos varios elementos da relação jurídica, entremos na determinação da lei reguladora de cada um delles. Começemos pelo sujeito. O primeiro ponto a averiguar é saber qual a lei que regula a personalidade.

É hoje principio de direito internacional que dentro da comunidade internacional todos os individuos são dotados de personalidade e que a lei por que deve ser regulada, visto tratar-se duma lei de ordem publica, é a *lex fori*. É portanto pela lei do pais em que o individuo se encontra que se verifica se o individuo tem ou não perso-

nalidade jurídica. Dissemos que a personalidade é reconhecida a todos os individuos dentro da comunidade internacional, porque países ha em que não é reconhecida a personalidade a muitos individuos, como succede com os países que admittem a escravatura. A escravatura foi completamente abolida em todos os Estados que fazem parte da comunidade internacional, os quaes procuram actualmente exercer a sua acção fóra dos limites do seu territorio no sentido de a reprimir e, na impossibilidade de a extinguir nos países em que é reconhecida, impedem o trafico de escravos nos mares não territoriaes do Estado traficante. Alem disso, reconhecem a personalidade a todos os escravos fugitivos que entrem no seu territorio e não concedem extradicção aos escravos criminosos, para que de novo não sejam reduzidos á escravidão.

Maior importancia tem a questão relativa á morte civil, que pode ser causada por motivos religiosos, politicos e de condemnação penal. Assim, se num Estado por qualquer dos motivos indicados for negada a personalidade a um seu subdito, qual o valor deste facto no Estados que não admittem a morte civil? Como é pela *lex fori*, que se verifica a existencia da personalidade, o individuo em taes circumstancias deve ser reconhecido como susceptivel de direitos e obrigações em todos os Estados cujas leis não admittam taes restricções á personalidade. Mesmo nos

países que admittem a morte civil, nenhum valor pode ter a sentença proferida em pais estrangeiro decretando a morte civil, visto as leis penaes terem caracter territorial.

§ 103 — Determinada a lei reguladora da existencia da personalidade, surge a questão de saber qual a lei reguladora do seu inicio.

Em todas as legislações a personalidade começa com o nascimento, mas são diversas as condições exigidas no nascimento para que d'elle resulte como effeito a personalidade. No codigo civil portuguez requeira-se o nascimento *com vida*, como resulta dos artigos 6.º e 1479.º; nos codigos vis francês, austriaco e italiano exige-se o nascimento *com viabilidade*, isto é, com sufficiente desenvolvimento e a conveniente regularidade de conformação organica para as exigencias da vida extra-uterina; no codigo civil espanhol marca-se um *periodo de vinte e quatro horas* durante as quaes o recém-nascido deve viver para adquirir a personalidade. Outros systemas apparecem nas legislações, mas estes são sufficientes para nos mostrar que o inicio da personalidade varia segundo as legislações.

E' grande a importancia da determinação da lei reguladora do inicio da personalidade, pois que este problema se acha intimamente relacionado

com o problema das successões, as quaes podem deferir-se diversamente segundo se observar o *systhema* legislativo dum ou doutro país. Nascendo em Portugal um filho de paes espanhoes, qual a lei que ha de regular o inicio da personalidade? Não são unanimes os escriptores na determinação desta lei. No entanto, se attendermos a que o reconhecimento é alguma coisa que não interessa propriamente ao recém-nascido, notaremos que não deve deixar-se á sua lei nacional a regulamentação do inicio da sua personalidade. A pessoa a quem interessa tal lei é indubitavelmente o autor da herança. Parece-nos, porisso, que é pela lei deste que deve ser regulado o inicio da personalidade.

Este problema é tambem interessante sob o ponto de vista penal, pois que haverá ou não o crime de infanticidio segundo a lei que adoptarmos. O inicio da personalidade, neste caso, deve ser regulado pela lei do local do crime como lei de interesse e ordem publica, visto estar em jogo o interesse geral da collectividade onde tal facto se deu.

104 — Embora a personalidade só seja reconhecida depois do nascimento, é certo que as leis protegem o nascituro na espectativa do seu nascimento com vida, reconhecendo-lhe os direitos que

elle teria se porventura fosse já vivo. Sendo assim, pergunta-se qual a lei competente para regular e organizar a protecção aos nascituros. A lei do nascituro não, pois que este, não sendo pessoa, não tem lei nacional; a lei da mãe também não, pois que esta não tem nenhum interesse na protecção; a lei local também não, porque não se trata de lei de ordem publica. A unica lei que se pode applicar é a da successão, porque o autor herança é o unico interessado.

105 — Qual a lei que regula a vida juridica dos individuos, isto é, qual a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas?

O estado designa o que a pessoa *é* e representa o conjuncto de qualidades juridicas que caracterizam e constituem a sua condição na familia e na sociedade, como a qualidade de maior, menor, solteiro, casado, viuvo, filho legitimo, filho illegitimo, etc. A capacidade deriva do estado e indica o que a pessoa *pode*, significando a aptidão para praticar actos juridicos, possuir e exercer direitos e contrahir obrigações. A necessidade de dar estabilidade á situação juridica das pessoas levou ao reconhecimento de leis pessoais, de applicação permanente e extraterritorial. A extraterritorialidade das leis do estado e capacidade fixou-se com firmeza na doutrina e nas legislações podendo dizer-

se hoje um principio corrente de direito com n n n. Podem discutir-se questões secundarias, como a preferencia da lei da nacionalidade ou da lei do domicilio, mas já se não discute que deve ser unica a lei reguladora do estado e capacidade, para que se não dê um absurdo de o individuo ser maior ou menor, capaz ou incapaz, segundo o pais em que se encontrar. E' que as leis do estado e capacidade, enquanto se propoe n definir a situação dos individuos na sociedade e determinar os direitos dessa situação derivados, são as que mais directamente respeitam á protecção pessoal e cuja permanencia e continuidade mais convem assegurar.

106—Vimos que a capacidade é regulada pela lei pessoal dos individuos. Mas a capacidade pode ser *civil* ou *juridica*, isto é, capacidade de exercer direitos ou capacidade de ter direitos. Esta confunde-se com a propria personalidade e por consequencia é regulada pela lei nacional. A capacidade civil é regulada pela *lex fori*, visto que cada Estado regula o exercicio dos direitos pela forma mais harmonica com os seus interesses.

107 — Na opinião de alguns escriptores a lei pessoal só abrange a capacidade civil geral, isto

é, a *capacidade abstracta*, e não a capacidade para praticar determinados actos jurídicos, ou seja, a *capacidade concreta*, a qual, segundo elles, deve ser regulada pela lei do logar da celebração do acto jurídico. Similhante distincção levaria a tornar illusoria a autoridade da lei pessoal, que teria de ceder e n cada caso á *lex loci* e contrariaria a estabilidade que se pretende obter com a applicação da lei pessoal á capacidade dos individuos. O mesmo principio que exige que a capacidade geral seja regulada pela lei pessoal, exige tambem que a capacidade especial o seja, visto as razões serem idénticas, pois trata-se duma lei de protecção e cada legislador sabe como deve proteger os interesses dos seus nacionaes.

Entre nós os artigos 24.º e 27.º do código civil e 12.º do código commercial mandam regular o estado e a capacidade pela lei nacional sem fazerem ou sem autorizarem qualquer distincção entre a capacidade abstracta e a capacidade concreta, o que evidentemente significa que aquelles preceitos tanto se applicam a uma como a outra.

A par da aptidão geral para o exercicio de direitos, dizem alguns escriptores, é preciso considerar a capacidade para ser sujeito de certos direitos, como tutor, herdeiro, proprietario de bens immoveis, etc. Neste caso, sustentam esses escriptores, a lei reguladora da tal capacidade deve ser determinada pela lei da relação jurídica, e assim o individuo poderá ser proprietario num pais se a lei

que organiza a propriedade lhe reconhecer capacidade para o exercicio desse direito.

Que pensar desta distincção á face dos principios e da nossa legislação? É certo que a lei regula dum modo especial certos e determinados direitos. Assim, o artigo 234.º do código civil exige certas e determinadas condições para que um individuo possa ser tutor. Mas significará isto que a aptidão para ser sujeito de direitos deve sempre ser regulada pela lei da relação jurídica? Parece-nos que a doutrina daquelles escriptores só em parte tem a sua razão de ser. A capacidade deve ser regulada pela lei da relação jurídica quando é inseparavel da propria instituição de que se trata. Assim, a tutela e o patrio poder são estabelecidos no interesse do filho, e porisso não podemos attender a capacidade geral do pae, devendo a aptidão para ser sujeito desses direitos ser determinada pela lei reguladora desses institutos. Mas sempre que a capacidade se possa separar do proprio instituto, o que succede, por exemplo, quando se trata do direito de propriedade, ella deve ser regulada pela lei pessoal do individuo. A capacidade para transmittir e receber bens deverá ser regulada pela lei da successão.

108 — O principio de que o estado e a capacidade são regulados pela sua lei pessoal não é

de applicação absoluta, pois soff'e restricções de duas ordens, uma motivada pelas leis de ordem publica, outra pelas disposições de algumas legislações acerca da validade dos actos praticados nos respectivos territorios por individuos incapazes segundo a sua lei pessoal.

A applicação da lei pessoal na regulamentação do estado e da capacidade das pessoas encontra uma restricção importante nos principios de interesse e ordem publica consagrados pelo legislador do logar onde a lei estrangeira deva ser applicada. Esta restricção deriva 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, no Estado onde a familia é monogamica e indissoluei não pode um estrangeiro contrahir segundo casamento enquanto viver o primeiro consorte, assim como não pode pedir a dissolução do casamento, embora a polygamia e o divorcio lhes sejam permitidos 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.

Esta limitação foi reconhecida pelo Instituto nas *regras de Oxford*. A regra VII diz que em nenhum caso as leis dum Estado poderão obter reconhecimento e effeito em outro Estado se forem de encontro ao direito publico ou á ordem publica.

Tambem na nossa legislação se encontra consignado, como já vimos, o principio de que a lei estrangeira se não applica no pais quando for contraria aos principios de orden publica.

As legislações dalguns paises, como a Allemanha, Austria, Japão, Montenegro e Suissa, estabelecem que os actos praticados por estrangeiros nos seus territorios, ainda mesmo quando incapazes pela sua lei pessoal, são validos quando pela lei local esses individuos tenham capacidade. Assim, a lei allemã, mandando regular o estado e a capacidade das pessoas pela lei nacional, acrescenta, comtudo, que se um estrangeiro praticar na Allemanha um acto juridico (que não seja relativo 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 (lei da introd. ao cod. civ., art. 7.º). O codigo civil austriaco submete em geral a capacidade dos estrangeiros á lei do domicilio, mas dispõe que a sua capacidade, quanto ás obrigações unilateraes contrahidas 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 japonêsa de 15 de junho de 1898 reproduz as disposições da lei allemã (art. 3.º). O codigo geral dos bens de Montenegro manda applicar a lei montenegrina, sobre capacidade, aos

actos juridicos praticados no Montenegro que sejam executados e constituam objecto dum julgamento (art. 788.). E o codigo civil suizo determina que os estrangeiros, que não tenham o exercicio dos direitos civis e 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 obrigaram, 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 extrangeiro (titulo final, art. 61.º, alinea 2.ª).

Estes actos deviam no rigor dos principios ser feridos de nullidade, mas pela protecção que se deve ao proprio acto, a que os escriptores chamam *favor negotii*, e porque essa protecção representa uma protecção aos proprios nacionaes, são considerados validos.

Pode dizer se que esta limitação ao principio da lei reguladora do estado e capacidade vae ganhendo terreno, como se vê do projecto da convenção da Haya sobre letra de cambio.

Será razoavel esta restricção? Parece-nos que não. As restricções determinadas pelo interesse geral do Estado local comprehendem-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 d'estes, parece um exaggero contrario á logica do systema da per-

sonalidade das leis de capacidade. Esta restricção ainda se podia comprehender no caso em que os estrangeiros usassem da fraude para passarem por capazes, mas só com o fim de proteger os nacionaes parece-nos abusiva.

Na legislação anglo-americana prevalece o principio da territorialidade das leis, ainda em materia de estado e capacidade. Contudo este principio tem-se modificado progressivamente na pratica dos tribunaes 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 da regulamentação do estado e capacidade dos pessoas, do casamento, do divorcio e da parte mobiliaria do patrimonio.

109 — Qual a lei que hade regular a responsabilidade resultante da pratica dos factos illicitos? Dos factos illicitos pode resultar a responsabilidade penal, a responsabilidade civil e a penal connexa com a civil. Queremos saber qual a lei que regula a capacidade para a responsabilidade civil. Como a responsabilidade é proveniente da infracção duma lei de ordem publica e portanto territorial, é por essa lei que nós devemos determinar a capacidade para tal responsabilidade, se houve ou não culpa, e, no caso affirmativo, o grau de culpabilidade.

110 — Para melhor definir a situação jurídica das pessoas nas relações internacionaes, importa saber por que lei devem ser determinadas as incapacidades, quer para fruir, quer para exercer direitos.

As incapacidades podem derivar: ou da idade (menoridade), ou do estado de familia (incapacidade dos conjuges), ou do seu estado physico e mental (loucos, prodigos, surdos-mudos e, segundo algumas legislações, os cegos), ou do interesse dos credores (fallidos), ou do interesse social (condemnação penal), ou da religião (herejes), ou da raça (homens de côr), ou do sexo (mulheres), ou de razões politicas (incapacidade das pessoas das familias reinantes em alguns paises para, por exemplo, acceptarem lettras sem autorização do rei).

Podemos desde já estabelecer uma regra geral para a determinação da lei reguladora das incapacidades, que é a seguinte: sempre que a incapacidade seja estabelecida no interesse duma determinada pessoa, a sua lei pessoal é a competente.

Vejamos a questão relativamente a cada uma destas incapacidades.

Todas as legislações dividem a vida do indivíduo em dois periodos, num dos quaes, a que se chama a *menoridade*, não é reconhecida a capacidade para a pratica da vida civil, e no outro, a *maioridade*, é reconhecida tal capacidadé. Não

são, porem, as legislações uniformes na fixação do terminus da menoridade e inicio da maioridade, exigindo umas mais e outras menos annos para o começo da maioridade. Assim, enquanto o código civil portuguez fixa aos vinte e um annos a maioridade (art. 311.º), o código civil suizo fixa aos vinte (art. 14.º) e o código civil espanhol aos vinte e tres.

Qual, pois, a lei competente para medir a incapacidade resultante da idade? A divisão da vida humana nos dois periodos basea-se no fundamento natural da falta ou posse do desenvolvimento physico e mental para o exercicio da actividade juridica e tem por fim pôr ao lado do menor incapaz um ou mais individuos que defendem os direitos que a lei lhe reconhece e representam no exercicio desses direitos. Sendo assim, a lei que fixa os periodos da maioridade deve ser estabelecida em harmonia com as condições ethnologicas que actuam no desenvolvimento do individuo, deve ser sempre a mesma onde quer que o individuo se encontre, para evitar o absurdo de ser capaz num pais e incapaz em outro pais, e deve ser considerado como uma lei de protecção individual. Portanto a incapacidade provinda da idade só pode ser determinada pela lei pessoal.

A lei reguladora da incapacidade dos conjuges é a sua lei pessoal. No caso em que tenham a mesma nacionalidade, é pessoal a lei nacional commum; no caso em que não tenham a mesma

nacionalidade, podem verificar-se duas hypothesees, ou terem tido uma lei nacional commun. ou nunca terem tido lei nacional commun. Na primeira hypothese applica-se a ultima lei nacional commun. como faz a convenção da Haya. de 17 de julho de 1905. sobre os effeitos do casamento (art. 9.º, 2.ª parte); na segunda hypothese ou os interesses são conciliaveis, e neste caso applicam-se as leis pessoais de ambos os conjuges, ou são inconciliaveis, e então applica-se uma seguindo o criterio de justiça.

As inferioridades, loucura, demencia, prodigalidade e o surdo-mutismo, collocam o individuo em condições de não poderem por si reger as suas pessoas e administrar os seus bens. A lei transforma estas inferioridades em incapacidades legais, como medida de defesa dos interessados, sendo por consequencia a sua lei reguladora a lei pessoal dos interessados. E' por esta lei que se devem determinar, pois, as incapacidades derivadas do estado physico ou mental e as condições em que podem ser suppridas. Ha casos em que podem levantar-se difficuldades na applicação da lei pessoal por não serem certas inferioridades, como a cegueira, reconhecidas como incapacidades em alguns países, como o nosso. Porisso, se um estrangeiro, em cujo país for reconhecida tal incapacidade, tiver de ser interdito pelos nossos tribunaes, podem estes ver-se embaraçados por falta dum processo especial. Cremos que neste caso a deficiencia se pode re-

mediar pelo recurso ao processo ordinario.

A lei reguladora da incapacidade dos fallidos é a lei do logar do estabelecimento commercial, como lei de interesse e ordem publica.

A condemnação penal produz por vezes effeitos na ordem civil. Assim, nalguns paizes privam-se os condemnados por sentença penal do exercicio da tutela, da faculdade de testar, de ser procurador judicial, etc.; havendo mesmo legislações que os chegam a privar do exercicio de todos os direitos — *morte civil*.

Qual o valor duma sentença proferida em pais estrangeiro da qual resulte a morte civil do condemnado? Não pode dizer-se que esta incapacidade seja estabelecida no interesse do criminoso. Ella representa um castigo fundado no interesse social e por consequencia a lei que a estabelece deve considerar-se territorial e não pessoal não sendo porisso,, applicavel ao individuo inda fóra do seu pais. E se da condemnação resultar apenas a privação do exercicio de alguns direitos? Ainda que no Estado local se admittam taes incapacidades, como consequencia de sentença penal, não pode a sentença estrangeira ser acatada nesse Estado, por se tratar de leis territoriaes e não pessoas. Se, porem, a incapacidade resultante da pena deixar de constituir um castigo do criminoso para representar um meio de protecção das pessoas da familia do condemnado, deverá apreciar-se segundo a lei commum das incapacidades, pois de-

sapparece o motivo para a considerar co no en-
trando na esphera da acção da lei territorial como
lei de defesa dos interesses geraes.

A limitação o principio de não effiacia exterritorial da sentença penal, podem advir inconvenientes por vezes bastante graves para o Estado local, quando neste Estado sejam reconhecidos os mesmos effeitos civis ás sentenças penaes da mesma natureza. Assim, se um individuo fôr em França condemnado a uma pena por qualquer crime donde resulte a incapacidade de ser tutor, curador, procurador em negocios de justiça, etc., poderá em Portugal consentir-se que elle exerça qualquer dessas funcções, reconhecendo o nosso codigo penal (art. 76.º, n.º 3.º) taes incapacidades como resultantes da condemnação a qualquer pena maior? A face dos principios a resposta deve ser affirmativa pela razão de que os effeitos da sentença penal são territoriaes. Mas, na verdade, assim não succede. No artigo 234.º, § 6.º do codigo civil determina-se que não podem ser tutores, nem protutores, nem vogaes do conselho de familia as pessoas *de mui procedimento*. Desta forma não podem em Portugal ser tutores, nem protutores, nem vogaes do conselho de familia os condemnados em pais estrangeiro. E como entre nós a lei que regula o exercicio dos sollicitadores determina que lhes pode ser retirada a carta quando elles tenham má conducta, parece-nos que aos condemnados no estrangeiro se poderá

negar tal carta. Pelo que respeita aos advogados, nada dizem as leis portuguezas, mas o inconveniente do não reconhecimento dos efeitos penaes da sentença proferida no estrangeiro evita-se pela escolha livre das partes e pelo prudente arbitrio do juiz, no caso em que este tenha de nomear officiosamente algum advogado.

A religião e a raça são em alguns paizes causa de incapacidade, como succede com os herejes, judeus e os homens de cor. Estas incapacidades não são tendentes a protecção dos individuos, mas representam o reconhecimento de motivos de desigualdades entre os homens, devendo, por isso, as leis que as estabelecem ser de efeito meramente territorial. Entre nós a Constituição determina expressamente que «ninguem pode ser perseguido por motivo de religião, nem perguntado por autoridade alguma acerca da que professa» (art. 3.º, n.º 6.º), não reconhecendo assim expressamente a incapacidade por motivos religiosos.

Na incapacidade resultante do sexo devemos distinguir se ella é estabelecida para protecção da mulher ou é baseada numa razão de inferioridade. No primeiro caso deve ser reconhecida em pais estrangeiro e no segundo não.

As incapacidades politicas como são motivadas por uma razão politica do Estado, para evitar a situação pouco honrosa de as pessoas da familia reinante apparecerem como devedoras no caso em que assignassem letras de cambio, por exemplo, não têm efficacia extraterritorial.

111 — A pessoa é representada socialmente pelo seu nome, que constitue indubitavelmente um meio de a identificar. Pode por isso usar o seu nome em qualquer parte em que se encontre. Mas pode-se levantar difficuldade acerca do uso dum titulo nobiliarchico nos paises democraticos, como o nosso, em que se não reconhecem taes titulos. Poderá um marquês inglês usar do seu titulo em Portugal e figurar como tal num contracto, por exemplo?

Sendo o titulo um meio de identificar o individuo, a resposta deve ser affirmativa. Talvez se possa contestar esta asserção, allegando que tal uso vae offender os principios de ordem publica. Mas isto seria dar ao tal principio uma amplitude que não pode nem deve ter. O que um titular não pode é certamente gosar em Portugal de prerogativas inherentes ao seu titulo.

112 — A personalidade termina com a morte natural, com a morte civil ou com a morte presumida.

a) Na morte natural podemos distinguir dois casos: ou o momento da morte pode estabelecer-se com precisão ou não pode estabelecer-se. A questão na primeira hypothese não offerece duvidas. O mesmo não succede, porem, com a se

gunda, que tem uma grande importância para a resolução do problema complicado da successão entre pessoas fallecidas em circumstancias de se não poder determinar as que morreram primeiro.

As legislações estabelecem presumpções diversas para tal fim. Assim, o nosso codigo dispõe no artigo 1738.º que «se o auctor da herança e os seus herdeiros ou legatarios. perecerem no mesmo desastre, ou no mesmo dia, sem que se possa averiguar quaes foram os que se finaram primeiro, reputar-se-hão todos finados ao mesmo tempo, e não se verificará entre elles a transmissão da herança ou do legado». Adopta desta forma a presumpção da morte de todos no mesmo momento. Outros codigos, como o hollandês e austriaco, attendem á idade e ao sexo dos fallecidos, para determinar as presumpções de morte, presumindo-se terem sobrevivido os que pelo sexo varonil ou pela sua idade deviam ter robustez para resistir por mais tempo á morte. Supponhamos agora que no mesmo desastre morrem o autor da herança e os seus herdeiros, sendo aquelle portuguez e estes hollandêses. Por que lei se deve regular o termo da personalidade? Pela portuguesa ou pela hollandêsa? A doutrina tem discutido a questão e, na impossibilidade de encontrar uma solução rigorosa para o conflicto, entende que se deve presumir que todos se finaram no mesmo momento, não se verificando, por isso, entre elles a transmissão da herança. Mas a melhor

solução parece nos ser a de Von Bar, que manda applicar cumulativamente as leis de cada um dos individuos. Assim, morrendo no mesmo desastre o pae e o filho, aquelle portuguez e este inglês, relativamente ao portuguez applica-se a lei portuguesa e ao inglês a lei inglesa. Desta forma se a lei do pae presumisse que este tinha morrido antes do filho, eram os herdeiros deste que ficavam com os bens do pae; e se a lei do filho presumisse que o pae morrera mais tarde, os bens do filho passavam para os herdeiros do pae no caso, é claro, de não ter outros herdeiros legitimarios que preferissem o pae.

b) A personalidade termina pela morte civil quando a lei local assim o reconhecer expressamente. E como as leis penaes são territoriaes, não tem nenhuma efficacia juridica no estrangeiro a sentença que decretar a morte civil de um individuo.

c) A personalidade termina tambem, como dissemos, pela morte presumida, que se verifica no caso de ausencia. Mas qual a lei que ha de determinar essa morte presumida? A declaração da ausencia e a nomeação do curador do ausente são admittidas em beneficio tanto do ausente como dos seus herdeiros: no interesse do ausente, emquanto se procura acautelar os seus bens, no interesse dos herdeiros emquanto se procura zelar

pelos seus direitos de successão. E' facil determinar a lei reguladora da morte presumida, que será sempre a do ausente, como va nos ver. Sendo a ausencia estabelecida no interesse do ausente e sendo por consequencia uma lei de protecção, não pode restar a menor duvida de que é por sua lei pessoal que se deve determinar a morte presumida. Nem o facto de a ausencia ser estabelecida no interesse de presumidos herdeiros pode influenciar na modificação da regra estabelecida, pois a lei que regula a successão é a do seu autor, que é, no nosso caso, o ausente.

O tribunal competente para declarar a ausencia é o tribunal do ultimo domicilio do ausente ou, não sendo conhecido o domicilio, o tribunal da sua ultima residencia. Por consequencia é algum destes tribunaes que declara a morte presumida do ausente.

113 — O domicilio não influe no estado e capacidade das pessoas, mas fixa o logar do exercicio de direitos ou do cumprimento de obrigações, ainda dos que derivam do estado, e porisso importa determinar neste logar por que lei ha de regular-se a determinação do domicilio nas relações internacionaes. Esta questão tem importancia, pois que as legislações, se em geral se harmo-

niza n quanto á caracterização do domicilio considerando co no tal o lugar onde o individuo tem o seu principal estabelecimento ou a sua residencia permanente, divergem, contando, quanto ás condições da aquisição e mudança do domicilio e ainda quanto aos casos do domicilio legal, o que frequentemente determinará conflictos entre as mesmas legislações.

Os internacionistas têm apresentado varios *systemas* para a determinação da lei reguladora do domicilio.

O *systema da lei local*, defendido por Brocher e Fiore, dá competencia exclusiva á *lex loci*, baseando-se em que o domicilio se reuz a um facto, cuja verificação material entra necessariamente no dominio da lei sob cujo imperio elle se produz e em que o domicilio se relaciona com a manutenção da ordem e com o funcionamento da policia, o que o subordina logicamente á lei territorial.

O *systema da lei nacional e lex fori*, seguido por Despagnet, faz applicação da lei nacional ou da *lex fori* conforme se procura determinar se o individuo está domiciliado num terceiro Estado ou naquelle em se levanta a questão.

O *systema da autonomia da vontade*, defendido por Loiseau, considera o domicilio como um facto meramente voluntario que escapa ao dominio da lei, devendo ser regulado pela lei a que o individuo tivesse intenção de se submeter.

O *systema da lei nacional com a modificação exigida pelas leis de ordem publica*, seguido por Weiss, fundando-se em que o domicilio é uma relação de direito privado cujos effeitos se referem em geral a interesses de ordem privada, como o casamento, a tutela, as successões, etc., entende que ao domicilio deve applicar-se em principio a lei nacional do interessado como lei reguladora dos interesses privados, devendo apenas applicar-se a lei local quando o domicilio seja base d'applicação duma lei de ordem publica como acontece com a competencia dos tribunaes quando ella se fixa pelo domicilio.

Finalmente, o *systema da lei da relação juridica*, segundo o qual o domicilio se determina em harmonia com a lei competente para regular os factos ou as relações juridicas que elle vem concretizar, pois que o domicilio não é senão o meio de tornar praticamente efficazes os factos e as relações juridicas. Assim, tratando-se duma herança, o domicilio deve ser determinado pela lei reguladora da herança. E' o *systema de Rolin*.

Qual destes *systemas* será preferivel?

O primeiro não se compadece com as necessidades praticas e discorda com a natureza do domicilio, quando este apparece como uma simples relação de direito privado para disciplinar interesses de ordem privada.

O *systema de Despagnet* não se harmoniza com a fixidez que deve ter o regimen juridico das

relações internacionaes, não podendo evidentemente este regimen estar dependente dos acasos da competencia judiciaria.

O systema de Loiseau é exaggerado, pois que attribue á vontade uma força que ella não tem. Se a vontade por vezes concorre para a determinação do domicilio, ella é sempre regulada e limitada pela lei.

O systema de Weisste no inconveniente de desviar as relações ou factos juridicos da lei normalmente competente para definir o seu regimen internacional. Assim, accetando-se o principio, ainda geralmente reconhecido, da autonomia da vontade para a determinação da lei reguladora dos effeitos dos contractos, se as partes escolhem uma determinada lei e esta attende ao domicilio do credor ou devedor para certos effeitos, a applicação da lei nacional faria com que a lei preferida pelas partes não fosse applicada em toda a sua extensão.

O systema da lei da relação juridica parece-nos o preferivel. O domicilio representa um elemento de concretização de factos e relações, e porque taes factos e relações ou podem respeitar aos interesses privados exclusivamente ou podem affectar o interesse publico, resulta que nas relações de mero interesse privado deverá applicar-se a lei competente para regular a respectiva relação juridica, quer essa lei seja nacional, quer estrangeira, e que nas relações de direito publico deve applicar-se a

lei local como lei de garantia social. Trata-se de determinar o domicilio para o effeito da tutela, é pela lei que regula esta que deve fazer-se tal determinação; trata-se de determinar o domicilio para estabelecer a competencia dos tribunaes, applica-se a lei local, pois que as leis de competencia são de ordem publica.

¶¶¶ — Vejamos, para terminar este paragrapho, qual o regimen internacional dos actos juridicos do estado civil.

O estado civil abrange o nascimento, casamento, obito, perfilhação, em alguns paises a adopção, etc. A regra geral é que todos estes actos podem ser registados perante os respectivos agentes consulares, devendo estes transmittir aos competentes officiaes do seu pais para estes transcreverem nos respectivos livros. Mas não é exclusiva a competencia dos agentes consulares para taes actos, pois que elles podem ser registados perante as autoridades locais de harmonia com a sua lei. E quando os actos são registados perante estas autoridades, ellas por vezes participam o registro pela competente via diplomatica ao governo do pais de que são nacionaes os individuos a quem tal registro diz respeito, estabelecendo-se assim o regimen da troca internacional dos actos do estado civil. A convenção da Haya, de 12 de junho

de 1902. sobre os conflictos de leis em materia de casamento, determina expressamente na alinea 4.^a do art. 5.^o que «uma copia authentica do assento de casamento será transmittida ás autoridades do pais de cada um dos conjuges»; o codigo do registo civil determina no art. 262.^o que «em caso de obito dum estrangeiro o funcionario, no prazo de cinco dias, mandará u n boletim ao conservador respectivo, que em egual prazo fará chegar á Conservatoria Geral no Ministerio da Justiça, donde seguirá, pelos tramites diplomaticos, para a legação competente». Este regimen da troca ^{entre} nacional é apenas uma tendencia, sendo em geral as partes obrigadas a fazer a transcripção do registo no seu pais.

Vejam os que diz a nossa legislação relativamente aos actos de estado civil dos portuguezes e n pais estrangeiro e dos estrangeiros em Portugal.

O nascimento de portuguezes pode ser registado perante os respectivos agentes consulares (reg. consular, artt. 44.^o e 46.^o e cod. do reg. civil, art. 41 n.^o 1.^o) ou perante as autoridades locais. O codigo do registo civil manda ao conservador geral inscrever ou transcrever obrigatoriamente ou a pedido dos interessados, nos respectivos livros, o registo relativo ao nascimento em pais estrangeiro de filhos de portuguez ou portuguesa que não tenha domicilio conhecido na republica (art. 38.^o, n.^o 1.^o) e no art. 40.^o, n.^o 2.^o

manda transcrever ou inscrever aos conservadores e officiaes do registo civil e aos seus respectivos ajudantes os nascimentos occorridos no estrangeiro ou em viagem por mar, se um dos paes ou ambos tiverem domicilio conhecido em Portugal.

O casamento dos portuguezes no estrangeiro pode ser celebrado ou perante os respectivos agentes consulares (reg. consular, art. 59.º cod. do reg. civ., art. 41.º n.º 2.º, dec. n.º 1.º de 25 de dezembro de 1910, art. 58.º) ou perante as autoridades locais (cit. dec. de 1910, art. 58). No art. 60.º do mesmo decreto de 1910 e no art. 242.º do codigo do registo civil determina-se que os casamentos realizados em pais estrangeiro entre portuguezes deverão ser registados em Portugal dentro de tres mezes depois de celebrados ou dentro de trinta dias contados do regresso de ambos ou, pelo menos, dum dos conjuges, ao pais.

O obito dum cidadão portuguez em pais estrangeiro pode ser registado no respectivo consulado (reg. consular, art. 64.º, cod. do reg. civil, art. 41.º, n.º 3) ou perante as autoridades locais.

O casamento de estrangeiros em Portugal é regulado pelo decreto, n.º 1.º, de 25 de dezembro de 1910 (art. 62.º).

Serão os estrangeiros obrigados a registar em Portugal os nascimentos e os obitos? A resposta

tem de ser affirmativa em vista da redacção do código do registo civil, que exige que todos os nascimentos e obitos que se dêem no país sejam registados.

§ 2.º — OBJECTO DA RELAÇÃO JURIDICA

115 — Principio geral.

116 — Obrigações :

1.º) Obrigações convencionaes:

2.º) Obrigações não convencionaes.

117 — Direitos reaes.

118 — Relações de familia

119 — Successões.

120 — Regimen do patrimonio.

§ 2.º

Objecto da relação juridica

115 — O objecto da relação juridica é o complexo de poderes que o titular dum direito pode exercer e que lhe são conferidos pelo direito objectivo. O regimen juridico internacional do objecto da relação juridica varia conforme a natureza da mesma relação. As relações juridicas for-

mam quatro grupos: obrigações, direitos reaes, relações de familia e successões.

¶ ¶ ¶ — Comecemos pelas obrigações. Estas dividem-se em *obrigações convencionaes* e *obrigações não convencionaes*, segundo resultam ou não dum contracto.

1.º) As *obrigações convencionaes*, que são 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, são reguladas pela lei do contracto. Alguns escriptores fazem distincção entre effectos *previstos* e effectos *eventuaes* do contracto para o effecto de os subordinar a leis diversas. Esta doutrina não parece razoavel, pois que derivando todos os effectos directa ou indirectamente do mesmo contracto devem ser regulados por uma só lei.

2.º) As *obrigações não convencionaes* podem resultar de quasi-contratos ou de factos illicitos ou da lei.

Os quasi-contratos são de differente natureza e porisso as obrigações dahi resultantes não podem ser reguladas pela mesma lei. No emtanto diremos como regra geral que, visto serem consti.

tudas se n nntuo consensu dos interessadus, a sua autoridade deriva exclusivamente da lei e por isso devem ser reguladas pela legislação que melhor garanta o fim que semelhantes instituições têm em vista.

O quasi-contratto de *gestão de negocios* é destinado á protecção do proprietario negligente ou ámpedido, á similhaça da tutela, devendo por consequencia os seus effeitos ser regulados pela lei nacional do proprietario. Mas alguns internacionalistas seguem doutrina diversa, subordinando a gestão de negocios aos principios reguladores dos contractos, applicando a lei escolhida pelo gestor e, na falta de escolha, a lei que elle presumptivamente tenha accete, que é em geral a lei do logar da gestão. Outros escriptores, e esta é a opinião geralmente seguida, entendem que deve considerar-se como exclusivamente competente a lei do logar da gestão, baseando-se em que as obrigações derivadas da gestão dos negocios não resultam da manifestação do consentimento dos interessadus, mas da lei. Mais tarde, quando tratarmos desenvolvidamente do assumpto, faremos a critica destas doutrinas.

O quasi-contratto *condictio indebiti*, ou de restituição do que foi indevidamente pago, tem por fim realizar a regra de justiça elementar 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 lugar onde o pagamento for realizado como lei de ordem publica competente para assegurar a realização dos principios elementares de justiça e evitar a pratica de actos fraudulentos.

No quasi-contratto de *avarias* divergem as opiniões quanto á lei reguladora da sua classificação em grossas e commum e da sua repartição. Algumas legislações, como a nossa (cod. comm. art. 650.^o), mandam regular pela lei do porto do destino. O mesmo fazem muitos escriptores. Esta doutrina funda-se em que, sendo no porto de destino que devem ser reguladas as avarias, é a lei desse lugar que conhecem as autoridades encarregadas de a regular, em que o regulamento das avarias respeita á execução do fretamento e portanto está naturalmente sujeito á lei do lugar da execução, e em que tanto os navios como as mercadorias são bens moveis e como taes sujeitos ás leis do lugar em que se encontram. Mas nenhuma destas razões procede, pois as autoridades dum pais podem incontestavelmente applicar as leis doutro pais, o regulamento das avarias não é modo de execução do contracto de fretamento nem deriva desse contracto, mas é um effeito da communiidade estabelecida entre os proprietarios, armadores e carregadores dum navio, 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 obriga-

ções dos proprietários, armadores e carregadores dos navios.

A doutrina que dá competência á lei nacional do navio ou á lei da bandeira parece preferível. No caso de as avarias se produzirem 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 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, dâdo 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 o que seja extranho ao interesse geral do Estado local.

Sobre o quasi-contratto de *salvação e assistência*, a opinião dominante, consagrada pelo nosso codigo commercial (art. 69), 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 na alto mar, se deve applicar a lei da nacionalidade do navio salvador ou assistente.

A obrigações resultantes dos factos illicitos devem ser regulados pela lei do logar onde forem praticados como lei de ordem publica.

As obrigações derivadas da lei são reguladas pela mesma lei que lhes dá origem. Assim, as obrigações dos proprietários vizinhos são reguladas pela lei da situação dos bens como lei que preside á organização da propriedade territorial. A lei competente para regular uma determinada relação jurídica é também competente para regular todos os seus effeitos.

117 — Os direitos reaes são os poderes que o titular dum direito pode exercer sobre as coisas. O regimen geral a que está submetida a propriedade, quanto á sua organização, determinação dos direitos dos proprietários e limites do exercicio desses direitos, é o da *lex rei sitae* como lei de ordem publica, visto destinar-se a garantir os interesses economicos da nação.

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. applica-se sempre que se trate do seguinte: 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 condição da transmissão da propriedade para que produza effeitos entre as partes ou em rela-

ção a terceiros; 4.º) garantias reaes (privilegio, hypotheca, penhor, etc.) no seu reconhecimento, extensão e gravação; 5.º) condições e duração da prescrição immobiliaria nas suas diversas applicações.

118 — As relações de familia abrangem as relações entre os paes e os filhos e as instituições pupilares. Pelo casamento estabelecem-se as relações entre os conjuges, pelo nascimento dos filhos as relações entre estes e os seus paes; pela morte ou incapacidade dos paes as relações entre os pupillos e os tutores.

O objecto das relações entre os conjuges é o conjunto de poderes que cada um dos conjuges pode exercer em relação ao outro á face da lei. Qual é a lei competente para regular estas relações, visto que nas differentes legislações ellas são regidas de differente modo? As leis destinadas a regular as relações de familia são evidentemente de protecção individual, e por consequencia a lei competente é a lei nacional dos conjuges. A difficuldade está, porem, em saber, no caso de elles terem differentes nacionalidades, se deve dar-se a competencia á lei do marido ou da mulher. Se os conjuges já tiverem tido uma nacionalidade commum, a lei dessa nacionalidade é a competente, mas se nunca tiverem tido uma nacionalidade commum

podem apresentar-se duas hypotheses: ou a lei se destina a proteger a familia como aggregado social e então applica-se a lei pessoal do marido, visto que é este que dá a unidade á familia, ou se destina a proteger os interesses individuaes distinctos dos interesses da familia, e então applica-se a lei de um dos conjuges se se puder destacar nitidamente a pessoa que a lei quer proteger; no caso em que não possa destacar-se a pessoa protegida applicam-se as duas leis se forem conciliaveis, e no caso contrario um dellas segundo o criterio de justiça.

O patrio poder, que tem hoje uma significação diversa da que tinha antigamente, é o conjuncto de direitos e obrigações dos paes em relação á pessoa e bens dos filhos. Como manifestação do direito de familia, deve ser regulado pela mesma lei pessoal reguladora da familia, em geral a lei nacional do pae. Se, porem, o pae e o filho tiverem nacionalidade differente, a natureza, extensão e duração do patrio poder serão reguladas pela lei pessoal do filho, visto a instituição do patrio poder ser organizada em toda a parte no interesse dos filhos para o effeito de prover ás necessidades da sua educação physica e moral. A lei organizadora do patrio poder é uma lei de protecção do filho e portanto é a lei nacional deste a mais adequada para resolver os conflictos que levante o exercicio daquelle poder. Mas no exercicio da sua função educadora, tem o pae

a sua acção limitada pelas exigencias da ordem publica do Estado local. Assim, o pae não podera infringir aos filhos castigos que não sejam consentidos pelo direito daquelle Estado.

As instituições pupilares são tambem reguladas pela lei do incapaz, em vista de terem por fim proteger os interesses dos mesmos e não dos tutores ou curadores.

§ 1.º — A successão é a transmissão de bens por morte dum individuo. Reveste tres formas: legitimaria, legitima e testamentaria.

A successão legitimaria tem lugar quando o autor da herança não pode dispor de uma certa parte dos seus bens em virtude de a lei os ter applicado aos herdeiros, que na maior parte das legislações são os ascendentes e os descendentes (cod. civ., art. 1784.º). Esta forma de successão basea se, como já dissemos, nas relações de familia, devendo por consequencia ser regulada pela lei do autor da herança. E' por consequencia por esta lei que se deve determinar qual a quota da legitima e quaes os herdeiros legitimarios.

A successão legitima verifica-se sempre que um individuo, não tendo herdeiros legitimarios, não dispõe expressamente dos seus bens ou, tendo-os, não dispõe dos bens que não constituem a legitima. Esta forma de successão é como a ante-

rior motivada pelas relações de família e porisso deve ser regulada pela lei do autor da herança. A successão legitima do Estado deve tambem ser regulada pela lei do autor da herança, visto que se presume que elle, na falta de herdeiros, deixaria os seus bens a commuidade.

A successão testamentaria dá-se quando um individuo dispõe dos seus bens pelo testamento. A lei reguladora da capacidade de testar é a lei nacional do testador. Quanto á lei reguladora dos effeitos do testamento é preciso distinguir: ou os effeitos são independentes da vontade do testador e em tal caso são regulados pela lei nacional do *de cuius* como lei normalmente reguladora da successão testamentaria, ou dependem desta vontade (os direitos e obrigações dos herdeiros dentro dos limites em que elles podem ser determinados pela vontade do testador) e então são regulados pela lei escolhida pelo mesmo testador, sendo, como é, geralmente reconhecido a este respeito o principio da autonomia da vontade.

Se, porem, o testador não escolhe a lei que hade regular os effeitos do testamento, deve applicar-se a lei nacional do testador como lei reguladora da successão. Desde que o testador não usa duma faculdade que lhe é reconhecida, manifesta certamente a sua competencia a lei reguladora da successão, mesmo porque é essa lei a que, em geral, deve presumir-se mais conhecida do

te maior e aquillo segundo a qual terá disposto dos seus bens.

120 — Ha um certo numero de relações jurídicas que se podem traduzir em valores pecuniarios, são as relações de character patrimonial e abrangem as obrigações, os direitos reaes e as successões.

A determinação do regimen do patrimonio não offerece difficuldade quando considerarmos em cada um dos seus elementos, porque tudo se reduz a applicar a cada um delles a lei competente segundo os principios anteriormente expostos.

Mas o patrimonio pode ser considerado como o complexo de cousas e de valores, positivos e negativos, como universalidade de bens-*universitas juris*. E' o que succede com as successões até á divisão e partilha e com a fallencia ou insolvencia. No caso de um commerciante deixar de pagar aos seus credores por ser o seu passivo maior que o activo, abre-se-lhe a fallencia. Qual a lei que regula a sorte dos credores quando se trata de dividir o patrimonio do fallido? Temos de distinguir dois casos: ou se trata das relações dos credores com o devedor, ou dos credores entre si. No primeiro caso applica-se a lei do lugar da fallencia como lei de ordem publica. No segundo caso temos ainda que distinguir: ou se

trata de preferencias de caracter geral e então applica-se a lei do logar onde se liquida a fallencia, ou se trata de preferencias sobre certos e determinados bens e então applica-se a lei do logar onde estiverem situados os bens que lhes servem de garantia.

§ 3.º — FACTO JURIDICO

- 121 — Noção.
- 122 — Classificação.
- 123 — Acto juridico:
 - a) Validade intrinseca;
 - b) Validade extrinseca;
 - c) Effeitos.
- 124 — Factos illicitos.
- 125 — Contingencias previstas pela lei.

§ 3.º

Facto juridico

121 — A relação jurídica tem um sujeito, recahe sobre um objecto e constitue-se por um facto juridico.

O facto juridico é o meio pelo qual se concre-

niza n os poderes ou faculdades reconhecidos pelo direito objectivo, adquirindo-se, extinguindo-se ou modificando-se direitos e n relação a um determinado objecto.

122 — O facto jurídico é condição de existência da relação jurídica e classifica-se em dois grupos: um comprehende todos os factos jurídicos que resultam da manifestação da vontade dos individuos; outro abrange todos os que resultam duma contingencia prevista pela lei.

123 — O acto jurídico é o facto em que ha a declaração ou manifestação directa da vontade para a constituição de relações da vida social ou situações subjectivas, disciplinadas e garantidas pelo direito. Podemos considera-lo sob tres aspectos: validade intrinseca, validade extrinseca e effeitos.

a) A validade intrinseca abrange a capacidade, a vontade e as elementos especificos do acto. Qual a lei reguladora de cada um destes elementos?

Já sabemos que a lei reguladora da capacidade é a lei pessoal do individuo, limitada apenas

pelos princípios de ordem pública do Estado local.

Relativamente á vontade, o princípio geral é que se deve attender á vontade manifestada e não a vontade psychologica. Este princípio soffre, porém, uma restricção motivada pela *simulação* ou pelos *vícios do consentimento* (erro, dolo, violencia), pois que nestes casos a vontade manifestada não corresponde á vontade real. Precisamos, por isso, de saber qual a lei reguladora da simulação e dos vícios do consentimento.

A simulação pode ser feita em prejuizo do Estado, com o fim de evitar as contribuições, ou dos particulares, credores por exemplo. Quando tem por fim prejudicar o Estado, é pela lei deste que se deve determinar se houve ou não simulação e as suas consequencias. Quando a simulação é feita em prejuizo dos particulares, deve ser determinada pela lei do domicilio do devedor. Prejudicar os credores é ir de encontro á confiança que deve haver nas relações inter-individuaes e a lei que melhor pode determinar se houve ou não simulação é a do domicilio do devedor. E' tambem no juizo do domicilio que os credores terão de demandar o devedor, se quizerem fazer valer os seus direitos.

E' uma difficuldade inda sem resolução no campo de direito internacional privado a determinação da lei competente para regular os vícios do consentimento (erro, dolo, violencia). Duas theo-

rias fundamentaes têm sido apresentadas para resolver este problema: uma dá como lei competente a lei reguladora do acto juridico; outra a lei pessoal dos contractantes. Dentro da primeira doutrina ainda alguns, dando á autonomia da vontade das partes larguesa para se manifestar ainda contrariamente a algumas leis que na ordem interna se consideram imperativas, dão como lei reguladora dos vicios do consentimento aquella que as partes escolherem para esse fim. A segunda theoria é a de Pillet, que, considerando a lei reguladora dos vicios do consentimento como lei de prote ção individual sustenta que é pela lei pessoal que se devem regular os vicios do consentimento. Para o escriptor a theoria dos vicios do consentimento é um desenvolvimento da theoria da capacidade, e como esta é regulada pela lei pessoal, tambem aquella o deve ser

Esta ultima theoria é aquella que nos parece mais acceptavel, todavia repetiremos que este ponto é ainda muito duvidoso e aquelle em que mais hesitações se tem manifestado no campo do direito internacional. A theoria que de forma nenhuma se pode aceitar é aquella que dá á autonomia da vontade força bastante para escolher a lei reguladora dos vicios do consentimento.

Uma outra condição da validade intrinseca dum acto são os seus elementos especificos. Assim, no nosso direito não existe o contracto de compra e venda sem que um dos contrahentes se

obrigue a entregar certa coisa e o outro se obrigue a pagar por ella certo preço em dinheiro (co l. civ. art. 1544.") Qual a lei reguladora destes elementos? Evidentemente que é a mesma que preside ao acto juridico, pois que não pode ficar dependente da vontade das partes o que ha de especifico num acto juridico. Os contractos têm de ser celebrados á sombra duma lei, e esta será competente para determinar os seus elementos especificos.

b) A validade extrinseca refere-se a tudo o que abrange a forma da manifestação da vontade. A lei que preside a esta manifestação é a do lugar da celebração — *locus regit actum*. Como já anteriormente nos referimos a este principio, abstermo-nos agora de fazer considerações a seu respeito.

E' importante saber qual a lingua em que devem ser escriptos os documentos. Indubitavelmente, que, visto tratar-se da forma, é a lei de cada pais que deve determinar a lingua em que os documentos devem ser escriptos.

Vejamos o que a este respeito está consignado no nosso direito.

Os documentos authenticos exarados por officiaes publicos portuguezes devem ser escriptos em portuguez. Quando algum dos outhorgantes não conhecer a lingua portuguesa, intervirão interpretes escolhidos por aquelles, que transmit-

tirão a declaração da vontade ao notario e a traducção dos documentos aos mesmos outhorgantes. O original portuguez deverá ser acompanhado de traducção ou traducções feitas pelos interpretes na lingua ou linguas que os outhorgantes fallarem, devendo o original e a traducção ser escriptos ao lado um do outro, dividindo-se as paginas, para este effeito, e n columnas, e devendo ambos ser assignados nos termos geraes (Dec. de 14 de setembro de 1900, art. 74.) A esta doutrina faz, porém, excepção o regulamento consular, cujo artigo 100.º determina que as escripturas publicas exaradas pelos funcionarios consulares portuguezes devem ser redigidas na lingua de que tanto elle como os outhorgantes e as testemunhas tenham cabal conhecimento.

Os documentos particulares passados em Portugal podem ser escriptos em qualquer lingua. Para a sua producção no juizo civil, quando escriptos em lingua estrangeira, basta que sejam acompanhados de traducção authenticada pelo consul da respectiva uação, podendo mesmo a traducção ser feita por peritos, como dispõe o artigo 213.º do codigo do processo civil, se no pais não houver consul da respectiva nação. Os titulos commerciaes não só são validos qualquer que seja a lingua em que estejam escriptos (cod. com., art. 95.º), mas podem ser produzidos no juizo commercial independentemente de traducção (cod. de proc. comm., art. 30). A respeito de documento particular de

caracter civil nada diz o código civil, mas como não ha lei que prohiba o uso de qualquer lingua estrangeira e como além disso o código commercial o permite expressamente no art. 95.º disse-mos sem restricções que os documentos particulares passados em Portugal podiam ser escriptos em qualquer lingua. Todavia casos ha em que é obrigatorio o emprego da lingua portugueza, o que succede sempre que a lei expressamente o exigir. Assim, as apolices dos seguros, respeitantes a Portugal e passadas por companhias estrangeiras habilitadas a exercer no pais a industria de seguros devem ser escriptas em portuguez em vista do artigo 53.º da decreto de 21 de outubro de 1907.

Os documentos expedidos por autoridades estrangeiras só terão validade, tanto no juizo civil como no commercial, quando estiverem legalizados, isto é, visados pelo funcionario diplomatico ou consular portuguez 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.

Pelo decreto de 4 de agosto de 1881 a assignatura dos consules portuguezes na India inglê-

sa é reconhecida pelo secretario geral do governo do Estado da India (art. 3.º). Pelas portarias de 25 de agosto de 1902 e 31 de dezembro de 1903, confirmadas pelo decreto de 4 de janeiro de 1906, as assignaturas dos consules portuguezes na Africa do Sul, em Zanzibar e na India inglesa, em documentos destinados a ter effeito na provincia de Moçambique, são reconhecidos pelo secretario geral do governo desta provincia. Pela 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 daquelle provincia. Pelo decreto de 21 de novembro de 1910, o secretario geral do governo do Estado da India tem competencia para reconhecer a assignatura do consul da Inglaterra, em Mormugão, em quaesquer documentos em que as leis vigentes exigirem a authenticação da assignatura da referida autoridade consular.

Pode muitas vezes dar-se o caso de o documento ter sido feito em lugar onde Portugal não tenha nem agentes diplomaticos nem consulares. Em face do artigo 213.º do codigo de processo civil, que exige, para que esse documento tenha validade, o visto dos funcionarios diplomaticos ou

consulares na respectiva nação, pode duvidar-se se esse documento poderá ser admitido em Portugal. Parece que deve seguir-se a doutrina de Von Bar, segundo a qual o documento deve ser admitido desde que tenha o sello do soberano e este seja reconhecido no ministerio dos negocios estrangeiros, porque se levássemos á risca o preceito do citado artigo 213.º, o acto não produziria nenhuns effeitos em Portugal, o que seria manifestamente uma iniquidade.

Supponhamos que o documento é feito em Portugal perante autoridade estrangeira. Como legalizar este documento? Em Portugal não ha consules portuguezes e por consequencia não pode ser legalizado pela forma estabelecida no artigo 213.º do codigo de processo civil. Mas, se não ha consules, ha officiaes que desempenham attribuições eguaes ás que os consules desempenham em pais estrangeiro. São os notarios, que, segundo o nosso modo de ver, deverão ter competencia para legalizar documentos assim feitos. A legalização tambem poderia ser feita mediante o reconhecimento pelo respectivo agente diplomatico, devendo a assignatura deste ser reconhecida no ministerio dos negocios estrangeiros. Mas este systema é muito complicado.

Qual o valor em Portugal da lei do sello dos paises onde os documentos foram exarados? Tudo depende do valor que as proprias leis derem á transgressão da lei do sello. Se a infracção

Da lei do sello importar nullidade do acto, como succede na Italia, cremos que essa nullidade deve ser respeitada em Portugal, pois que o acto não foi realizado com as formalidades exigidas pela lei local, como determina a lei portugêsa. Se a infracção não constituir nullidade do acto, mas importar apenas a sujeição ao pagamento duma multa, como succede entre nós, o acto deve considerar-se valido, não podendo em caso algum cobrar-se essa multa, visto que as leis fiscaes são meramente territoriaes.

O documento celebrado em pais estrangeiro com todas as formalidades legaes ficará sujeito á lei do sello portugêsa? As nossas leis fiscaes não se esqueceram de tributar os actos praticados em pais estrangeiro e que tenham de produzir effeitos em Portugal. Assim, o regulamento do imposto do sello de 9 de agosto de 1902, no artigo 242.º, determina que «os documentos expedidos ou passados em pais estrangeiro só poderão ser admittidos em juizo e apresentados a qualquer autoridade ou repartição publica, nos termos do artigo anterior, pagando-se previamente, por meio de verba, e conforme a tabella, o imposto que pagariam se fossem passados ou expedidos no continente do reino e ilhas adjacentes. O sello a que allude este artigo é o do papel e o dos actos quando estes se referam a bens situados no continente do reino e ilhas adjacentes e só terra o do papel em todos os outros casos. Exce-

ptuam-se da disposição deste mesmo artigo, as letras, livranças, cheques e títulos ou papeis de credito, a que serão applicaveis as respectivas disposições da tabella». Esta tabella, que é de 24 de maio de 1902, estabelece nas verbas 45 e 48 o sello que devem pagar os cheques e as letras sacadas em praças estrangeiras; na verba 2 as taxas a que ficam sujeitos os títulos ou acções de bancos de companhias, sociedades commerciaes e empresas estrangeiras de qualquer natureza, quando sejam expostos á venda no continente da republica e ilhas adjacentes; na verba 114 as taxas a que ficam sujeitas ás obrigações de corporações, bancos, companhias, sociedades commerciaes e empresas estrangeiras de qualquer natureza quando sejam expostas á venda no continente da republica e ilhas adjacentes, na verba 154 as taxas que pagam os títulos de divida publica emitidos por governos estrangeiros, quando sejam expostos á venda no continente da republica e ilhas adjacentes; etc.

c) Resta-nos estudar a lei reguladora dos efeitos do acto juridico. Estes efeitos podem ser: *efeitos legaes necessarios*, *efeitos legaes presump-tivos* e *efeitos meramente voluntarios*.

A lei reguladora dos efeitos legaes necessarios é sem duvida a mesma lei que regula a validade intrinseca do acto de que eles emanam, porque é esta que imperativamente os impõe.

A lei reguladora dos effeitos legaes presumptivos, que são chamados elementos *naturacs*, é a lei escolhida pelas partes expressa ou tacitamente. Estes elementos não caracterizam o negocio juridico, cujos effeitos peculiares se dão, embora as partes substituam por clausulas expressas esses elementos, cuja determinação legal obedece unicamente ao intuito de dirigir convenientemente as partes e de facilitar a pratica dos negocios juridicos, não coarctando a liberdade ou autonomia individual. Assim, por exemplo, a gratuidade é um elemento do contracto de mandato, excepto se o seu objecto for daquelles que o mandatario trata por officio ou profissão lucrativa, mas as partes podem convencionar que os serviços prestados pelo mandatario sejam retribuidos; nos contractos onerosos a prestação de garantir no caso de evicção dá-se independentemente da estipulação das partes, mas é livre para estas renunciarem a essa garantia no proprio contracto. Supponhamos agora que em Portugal se celebrava um contracto de compra e venda e nelle se estipulava que os effeitos seriam regulados pela lei italiana: esta era a competente para regular a evicção; mas se as partes nada declarassem quanto á lei reguladora dos effeitos, era a lei portugueza^a que regulava a evicção.

Alem dos effeitos legaes necessarios e effeitos legaes presumptivos é preciso ainda considerar os effeitos meramente voluntarios, que são aquel-

les que resultam de clausulas e n virtude das quaes as partes, affastando-se do mo lo por que os negocios juridicos se acham normalmente constituídos, mas sem os mudarem ou substituirem, introduzem no conteudo do negocio juridico elementos que apenas dependem da sua vontade, e em relação aos quaes a lei enuncia, dum modo geral, a doutrina de que as partes podem ajuntar aos seus contractos as condições ou clausulas que bem lhes parecerem, as quaes ficam fazendo parte dos mesmos contractos e se governam pelas mesmas regras. Estes effeitos são regulados pela lei escolhida pelas partes.

Vejamos o que entre nós se acha estabelecido relativamente aos effeitos dos actos juridicos.

O artigo 4.º do codigo commercial dispõe que os actos de commercio serão regulados quanto á *substancia e effeitos das obrigações* pela lei do lugar onde forem celebrados, *salva convenção em contrario*. Que significará a expressão *substancia e effeitos*? O artigo 4.º do nosso codigo commercial foi transplantado do codigo commercial italiano, onde no artigo se enuncia a mesma regra. Na Italia este preceito tem dado lugar a grandes discussões, não se tendo chegado até hoje a uma conclusão segura. Defendem uns, seguindo na esteira da escola italiana que exaggerava a esphera da acção da autonomia da vontade, que a palavra *substancia* abrange tudo o que respeita á validade intrinseca incluindo a propria capacida-

de e que a expressão *salva convenção em contrario* se refere tanto as leis suppletivas como ás leis imperativas; outros, co no Diena, sustentam que a *substancia* abrange tudo o que diz respeito á validade intrinseca, menos a capacidade, e que a vontade só pode manifestar-se no campo das disposições suppletivas. Desta forma, segundo esta ultima doutrina, a lei do logar da celebração regula tudo o que ha de imperativo e ainda de suppletivo, excepto se as partas convencionarem o contrario relativamente áquillo quer for suppletivo.

Não podemos dar á palavra *substancia* do art. 4.º o sentido amplo de que abrange tudo o que diz respeito á validade intrinseca. A capacidade, que é um dos elementos desta validade, em caso nenhum pode ser regulada pela lei do logar da celebração, visto o código ter determinado expressamente que será regulada pela lei nacional de cada um.

Tudo o resto tem de ser regulado pela lei do logar da celebração. Desta forma, segundo o *systema* do nosso código commercial, os vicios do consentimento não podem deixar de ser regulados pela lei do logar da celebração. Mas como explicar a expressão *salva convenção em contrario*? Se a palavra *substancia* comprehende os elementos da validade intrinseca do proprio acto, menos a capacidade, parece que a vontade das partes pode escolher a lei reguladora de taes elementos e só quando ella se não manifeste elles se

rão regulados pela lei do lugar de celebração. Entendido assim, teríamos de admitir que a vontade das partes pode derogar as próprias disposições imperativas. Mas não é esta a interpretação que deve dar-se á tal expressão, que deve ser entendida num sentido restricto. Segundo o n.º 1.º do artigo 4.º, a lei do lugar da celebração regula a substancia e effeitos das obrigações em tudo quanto não seja expressamente exceptuado pela lei, como succede com a capacidade, salva convenção em contrario, *mas só no que disser respeito a disposições suppletivas.*

Até aqui temos tratado dos effeitos dos actos juridicos em geral. Vejamos o regimen juridico dos effeitos do casamento e do testamento.

Tem-se discutido bastante sobre qual seja a lei reguladora dos effeitos do casamento, mas hoje pode dizer-se que a questão está encaminhada no sentido de dar preferencia á lei nacional do marido, excepto relativamente aos effeitos voluntarios, que são regulados pela lei que os conjugues escolherem, devendo a autonomia da vontade para tal escolha ser regulada pela lei nacional do marido. Assim, o nosso código civil dispõe que quando o casamento for contrahido em pais estrangeiro entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeira e portuguez, e nada declararem nem estipularem os contrahentes relativamente a seus bens, entender-se-ha que casaram conforme o direito commun do pais do conjugue varão (art. 1107.º);

e a Convenção de Hava, de 17 de julho de 1905, concernente aos conflictos de lei relativos aos effeitos do casamento, determina igualmente que, na ausencia de convenção nupcial, os effeitos do casamento sobre os bens, quer immoveis, quer moveis, dos conjuges são regidos pela lei nacional do marido (art. 2.º). Em regra o regimen de bens só pode ser estabelecido e irrevogavelmente antes do matrimonio, mas países ha, como a Suissa e a Alemanha, em que esse regimen pode ser outhorgado ou alterado na constancia do matrimonio. Por que lei deve ser regulada a faculdade dessa outhorga ou modificação do regimen de bens? Pela lei nacional do marido, pois trata-se de actos posteriores ao casamento, que entram logicamente na esphera da lei que d'un modo geral deve reger as relações de familia.

Quanto ao testamento a regra é a de que os effeitos que não dependem da vontade do testador são regulados pela sua lei nacional, e os que dependem da sua vontade pela lei que o testador escolhe. No caso em que se não possa conhecer qual a lei escolhida presume-se que o testador quiz conformar-se com a sua lei nacional, devendo, porisso, taes effeitos ser regulados por esta lei. A este respeito determina a convenção de Hava, de 17 de julho de 1905, sobre successões: « As successões, pelo que respeita á designação dos successiveis, á ordem segundo a qual são chamados, aos quinhões que lhes pertencem, ás collações, á quota disponível e

á legitima, são submettidas á lei nacional do defuncto, quaesquer que sejam a natureza dos bens e o pais onde estes se encontrem. A mesma regra se applica á validade intrinseca e aos effeitos das disposições testamentarias (art. 1.º).

O direito portuguez nada diz a respeito dos effeitos do testamento. Mas parece que deve admittir-se a applicação da lei nacional do testador por dois motivos. Em primeiro lugar, é essa a lei familiar ao testador e aquella segundo a qual deve presumir-se que elle tenha testado. Depois, havendo no fundo, como ha, uma indubitavel similitude entre o acto juridico em que se determina o regimen de bens no casamento e o acto testamentario, as mesmas razões que legitimam a interpretação do contracto de casamento segundo a lei nacional do marido autorizam a interpretar o testamento segundo a lei nacional do testador.

124 — Como mais duma vez temos dito, a lei reguladora dos factos illicitos é a do logar onde taes factos tiverem logar.

125 — A lei previu certas contingencias das quaes podem resultar direitos e obrigações para certas e determinadas pessoas. Assim, prevendo a contingencia da vizinhança dos proprietários de

termina que estes têm certos direitos e obrigações prevendo o facto da filiação, tutela, da morte *ab intestato*, etc., fixa os direitos e obrigações que dahi resultam para os paes e filhos, para o tutor e o pupillo, para os parentes do defunto, etc. Qual a lei reguladora destas contingencias? É evidentemente a propria lei que as prevê e por consequencia, nos nossos exemplos, a lei organizadora da propriedade, a lei do filho relativamente aos deveres do pae, a do pupillo relativamente ás obrigações do tutor, a do autor da herança relativamente aos parentes. É, pois, sempre competente a lei donde resulta a obrigação, para regular o conteúdo da mesma.

§ 4.º — GARANTIA DA RELAÇÃO JURÍDICA

- 126 — Legítima defesa.
- 127 — Acção judicial: principio geral.
- 128 — Direito de acção relativamente aos estrangeiros.
- 129 — Competencia dos tribunaes relativamente aos estrangeiros nos Estados que fazem parte da commuidade internacional.
- 130 — Obrigações.
- 131 — Direitos reaes.
- 132 — Estado das pessoas e relações de familia.
- 133 — Successões.
- 134 — Pessoas collectivas estrangeiras.

- 435 — Competencia electiva e lide pendente.
436 — Personalidade da jurisdicção nos países
de capitulação :
a) Jurisdicção civil e commercial;
b) Jurisdicção criminal.
437 — Justiça consular portugueza.
438 — Regimen da acção judicial.
439 — Cartas rogatorias
440 — O julgamento e a applicação do direito
extrangeiro.

§ 4.º

Garantia da relação juridica

126 — Constituido o direito, é necessario saber quaes as garantias que o seu titular tem ao seu dispor para o tornar effectivo no caso do seu não reconhecimento espontaneo por parte doutros individuos. Essas garantias são a *legitima defesã* e a *acção judicial*.

A legitima defesa consiste no uso da propria força e autoridade para a defesa dos direitos. É um meio excepcional, que só poderá ser usado quando a lei expressamente o permittir e dentro dos limites por ella estabelecidos. A lei que regula o exercicio desta forma de defesa é uma lei de interesse e ordem publica, e portanto só a lei do lugar é que é competente para regular o exercicio da legitima defesa.

127 — A acção judicial é o meio normal de defender os direitos lesados ou ameaçados. Representa um direito subjectivo publico do cidadão para com o Estado, tendo por objecto a prestação da actividade dos órgãos jurisdiccionaes, para a eliminação dos obstaculos que a inobservancia ou a incerteza da norma juridica pode oppor á realização dos interesses tutelados pelo direito.

Como anteriormente dissemos, as leis de competencia e processo são de ordem publica e por consequencia territoriaes, devendo, porisso, todos aquelles que quizerem dirigir-se aos tribunaes fazello de harmonia com a *lex fori*.

128 — Deverá ser reconhecido aos estrangeiros o direito de acção, o direito de poder provocar a actividade do poder judicial para tornar effectivos e efficazes os seus direitos? A questão não pode offerecer dificuldade, visto que se as leis de cada pais reconhecem em geral os mesmos direitos aos estrangeiros que aos seus nacionaes, logicamente devem reconhecer os mesmos direitos de defesa que a estes. E na verdade de nada valeria o reconhecimento dos direitos em geral, se ao mesmo tempo não lhes fosse reconhecido o direito de accionar, pois que, no caso contrario poderia muitas vezes ser impossivel a effectivação dos mesmos direitos.

A tendencia para a equiparação dos estrangeiros aos nacionaes manifesta-se modernamente em todas as legislações e está expressamente estabelecida a certos respeito nas convenções da Haya, de 14 de novembro de 1895 e de 17 de julho de 1905, relativas ao processo civil. Assim, nos artigos 11 e 17 da primeira e segunda convenção respectivamente dispõe-se que «nenhuma caução ou deposito, sob qualquer denominação, pode ser exigido, *com fundamento na qualidade de estrangeiro* ou na falta de domicilio ou residencia no país, aos nacionaes dum dos Estados contractantes que, tendo o seu domicilio n'um desses Estados, forem autores ou assistentes em processo perante os tribunaes de outro dos mesmos Estados»; nos artigos 14.º e 20.º respectivamente que «os cidadãos de cada um dos Estados contractantes serão admittidos em todos os outros Estados contrahentes a gosar do beneficio da assistencia judiciaria gratuita, *como os nacionaes*, desde que se conformem com a legislação do Estado onde reclamam a assistencia judiciaria gratuita»; e nos artigos 17.º e 24.º respectivamente que «a prisão por dividas, seja como meio de execução, seja como simples medida conservatoria, não poderá, em materia civil ou commercial, ser applicada aos estrangeiros pertencentes a um dos Estados contractantes *nos casos em que não for applicavel aos nacionaes*».

129 — Relativamente á competencia dos tribunaes de cada Estado em relação aos estrangeiros é preciso fazer distincção entre os que fazem parte da comunidade internacional e os que estão fóra della e por consequencia sujeitos ao regimen das capitulações. Nestes ultimos Estados, como já anteriormente dissemos, os estrangeiros não estão sujeitos a jurisdicção local, contrariamente ao que succede nos Estados que fazem parte da comunidade internacional, em que é principio assente que as jurisdicções são territoriaes, não podendo crear-se nos seus respectivos territorios tribunaes estrangeiros.

Surge, porém, a questão da determinação da competencia dos tribunaes de cada um dos Estados, por não haver a este respeito um principio geral de direito internacional constituído nem pelos tratados nem pelo costume internacional. Ha apenas nas convenções da Haya, de 12 de junho de 1902, sobre o divorcio e tutela de menores, principios especiaes de competencia. E visto não haver um principio geral de direito internacional, teremos de recorrer á legislação interna de cada país.

130 — Vejamos o que a este respeito diz o direito português.

Relativamente á competencia dos tribunaes

portuguêses, em materia de obrigações, te nos os seguintes textos:

« Os portuguezes, que contrahe n obrigações em país estrangeiro, podem ser demandados no reino pelos nacionaes'ou estrangeiros com quem as hajam contrahido, se nelle tiverem domicilio (cod. civ., art. 25.º) »;

« Os estrangeiros, sendo encontrados neste reino, podem ser demandados perante as justiças portuguezas, pelas obrigações contrahidas com portuguezes em país estrangeiro (cit. cod. art. 28.º) »;

« Os estrangeiros podem, igualmente, ser demandados por outros estrangeiros perante as justiças portuguezas, por obrigações contrahidas no reino, se nelle forem encontrados (cit. cod., art. 29.º) »;

« O disposto nos dois artigos precedentes deve entender-se sem prejuizo do que fica ordenado na ultima parte do artigo 26.º (cit. cod., art. 30) »;

« O portuguez ou estrangeiro, que tiver domicilio fóra do reino, pode ser demandado perante as justiças portuguezas do logar onde for encontrado, fundando-se a causa em obrigação por elle contrahida no reino ou com portuguezes em país estrangeiro (cod. de proc. civ., art. 20.º) »;

« Os portuguezes que, entre si ou com estrangeiros, contrahirem obrigação fóra do reino e os estrangeiros que, entre si ou com portuguezes no reino as contrahirem, podem ser deman-

diários perante os competentes tribunales do reino pelos nacionaes ou estrangeiros com que as ha-berem contrahido, se nelle tiverem domicilio ou forem encontrados (cod. co.n.m., art. 5.º e cod. de proc. com n., art. 8.º)».

Determinados os textos, vejamos as diversas hypotheses que se podem suscitar.

1.ª) *Obrigações contrahidas no pais entre estrangeiros e nacionaes.* Nesta hypothese pode ainda o portuguez estar domiciliado no pais ou fóra d'elle. No primeiro caso o estrangeiro demanda-o no fóro do seu domicilio, no segundo sómente pode demanda-lo se elle for encontrado no pais. O juizo competente é o do logar em que for encontrado (cod. civ., art. 25.º, cod. de proc. civ., artt. 16.º e 20.º). Reciprocamente, pode um estrangeiro ser demandado por um portuguez no fóro do domicilio, ou no logar em que for encontrado, quando não esteja domiciliado no pais. Se o portuguez ou estrangeiro não tiver domicilio no pais e cá não for encontrado, cessa a competencia das justiças portuguezas.

2.ª) *Obrigações contrahidas entre estrangeiros e nacionaes fóra do pais.* Os estrangeiros podem, nesta hypothese, demandar os portuguezes se estes tiverem domicilio no pais ou nelle forem encontrados, e reciprocamente os portuguezes podem demandar os estrangeiros dando-se as mesmas circunstancias. A solução é identica á da

hypothese anterior (cod. comm., art. 5.^o e cod. de proc. comm., art. 8.^o).

3.^a) *Obrigações contrahidas entre os estrangeiros e outros estrangeiros no pais.* Um estrangeiro pode demandar perante as justiças portuguezas outro estrangeiro, quando este for encontrado no pais ou ahi tenha domicilio (cod. civ., art. 29.^o, cod. comm., art.^o 5.^o e cod. de proc. comm., art. 8.^o).

4.^a) *Obrigações contrahidas entre estrangeiros e outros estrangeiros fóra do pais.* Nesta hypothese, que não é visada por nenhum dos artigos dos codigos civil, commercial, de processo civil e de 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 entendem, por exemplo, os srs. Drs. Dias Ferreira e José Alberto dos Reis, comquanto este professor entenda que deve quebrar-se a regidez dos principios quando se demonstre ficar o autor privado de demandar o reu. Comtudo, o artigo 25.^o do codigo civil, que confere aos portuguezes o direito de demandar outros portuguezes perante as justiças de Portugal por obrigações contrahidas em pais estrangeiro, quando o sujeito da obrigação tenha domicilio no pais, combinado com o artigo 26.^o do mesmo codigo, que concede aos estrangeiros

os mesmos direitos civis que aos portugêses e ainda com o artigo 16.º do código de processo civil, que estabelece o principio geral da competencia do foro do domicilio do reu para a exigencia do cumprimento das obrigações, autoriza a opinão de que um estrangeiro pode demandar outro estrangeiro em Portugal por obrigação fora do pais, quando o sujeito da obrigação cá tenha o seu domicilio. O que nesta hypothese se não applica é o artigo 20.º do código de processo civil, visto tratar-se duma disposição excepcional para ampliar o artigo 16.º do mesmo código.

§ 31 — Relativamente à competencia dos tribunaes portugueses para as acções sobre direitos reaes, nada dizem as nossas leis. Mas evidentemente que não se pode negar aos estrangeiros o direito de recorrerem aos tribunaes para a defesa dos seus direitos reaes, visto que lhes é reconhecido o direito de constituirem esses direitos. A lei que concede um direito reconhece os meios necessarios para a sua defesa. Concluimos daqui que os estrangeiros podem ser autores ou reus, nas mesmas condições que os portugueses, em questões de direitos reaes. Por consequencia se os estrangeiros quizerem em Portugal intentar acção relativa a despejo, prevenção contra o damno, expropriação por utilidade publica ou particu-

Jar, cessação ou mudança de servidão, tombamento ou demarcação, divisão de aguas, divisão de coisa commum, posse, registo ou cancellamento, reforço ou reducção de hypotheca, destrinça de fóros ou censos, deverá propo-la no juizo da situação do respectivo predio ou no de situação de qualquer delles quando forem diversos, ou quando o mesmo predio for situado em mais de uma comarca (cod. de proc. civ., art. 21.º, n.º 3.º). Podem todavia relativamente à acção de despejo, reforço ou reducção de hypotheca, estipular domicilio particular para o cumprimento da respectiva obrigação (art. 21.º, § 3.º, n.º 2.º).

132 — Serão os tribunaes portuguezes competentes para conhecer das acções relativas ao estado das pessoas e ás relações de familia, como a acção de annullação do casamento, de divorcio, de separação de pessoas, de perfilhação, de interdicção por demencia, prodigalidade, surdês-mudês, etc.? Não ha na nossa legislação nenhum preceito que regule expressamente o assumpto, de maneira que temos de adoptar a solução de que os tribunaes ou não são competentes para taes acções, ou o são nos mesmos termos que para os nacionaes. Parece-nos mais acertada a segunda solução. Em primeiro lugar, o artigo 26.º do codigo civil reconhece aos estrangeiros os mesmos direi-

tos e obrigações que aos nacionaes relativamente aos actos que tenham de produzir os seus effectos em Portugal, o que envolve implicitamente o reconhecimento dos meios necessarios para os tornar effectivos, pois que o contrario equivaleria num grande numero de casos ao não reconhecimento dos proprios direitos. Alem disso, o artigo 27.º do mesmo codigo autoriza a mesma interpretação, pois que, formulando o principio de que o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu pais, o fez certamente tendo em vista o caso de os tribunaes portuguezes terem de conhecer de questões a elle referentes. Finalmente, da combinação do artigo 24.º do codigo civil com os artigos 243.º e 244.º do codigo do registo civil resulta a doutrina que sustentamos. Na verdade, o artigo 24.º determina que os portuguezes que viajam ou residem em pais estrangeiro se conservam sujeitos ás leis concernentes ao seu estado e capacidade civil. Significará isto porventura que o legislador portuguez quiz dar, como o italiano, competencia exclusiva aos tribunaes portuguezes para conhecer das acções de estado e capacidade dos portuguezes? Os artt. 243.º e 244.º do codigo do registo civil fizeram desaparecer qualquer duvida que sobre o assumpto se pudesse levantar. Esses artigos estabelecem que a sentença de divorcio de portuguezes e as de nullidade e annullação de casamentos, proferidas por tribunaes estrangeiros, só

podem ser averbadas depois de revistas e confirmadas em harmonia com a nossa legislação, o que envolve implicitamente o reconhecimento dos tribunaes estrangeiros para conhecerem das acções relativas ao estado e capacidade respeitantes aos portuguezes. O a, se o artigo 24.º tem de ser interpretado no sentido de reconhecer do npetencia aos tribunaes estrangeiros, por analogia deve da mesma forma ser interpretado o artigo 27.º

133 — Qual a competencia dos tribunaes portuguezes para conhecerem de acções relativas ás successões? Estas acções podem ser ou de petição de herança ou de partilha da mesma.

Na acção de petição de herança pede-se o cumprimento duma obrigação derivada do testamento ou duma contingencia prevista pela lei. Tem porisso aqui applicação o que atraz dissemos sobre a competencia dos tribunaes portuguezes em materia de obrigações.

Relativamente á competencia dos tribunaes portuguezes para conhecerem de acções respeitantes á partilha de herança, applica-se a mesma regra.

134 — As pessoas collectivas estrangeiras gosam, como já tivemos occasião de ver, de indi-

vidualidade jurídica em Portugal Podem exercer no nosso país direitos, e desde que a lei lhe concede esta faculdade necessariamente tem de lhe reconhecer o direito de acção, pois que de contrario ser-lhes ia impossivel muitas vezes effectivar esses direitos.

Mas poderão as pessoas collectivas estrangeiras ser demandadas perante os tribunaes portuguezes? No nosso direito não temos outro texto além do artigo 18.º do codigo de processo civil que preceitua que os corpos collectivos serão demandados no juizo onde estiver a sêde da sua administração, que o juizo do domicilio das succursaes, agencias ou estabelecimentos filiaes de qualquer banco, sociedade ou companhia, é competente para conhecer das causas contra elles intentadas quando disserem respeito a contractos celebrados ou obrigações contrahidas pelas mesmas succursaes, agencias ou estabelecimentos filiaes, e que esta ultima disposição é egualmente applicavel ás succursaes, agencias ou estabelecimentos filiaes de bancos, sociedades, companhias ou quaesquer associações, que tiverem a sua sêde em país estrangeiro, por quaesquer actos ou contractos feitos em Portugal.

Mas ha casos que não cabem no artigo 18.º. Poderão os Estados estrangeiros ser demandados em Portugal? É uma questão largamente debatida a de saber se um Estado pode ser demandado perante os tribunaes dum outro Estado. Tres

theorias têm sido sustentadas para dar solução a esta importantíssima questão. Alguns escriptores sustentam que em caso algum os tribunaes dum Estado têm competencia para conhecer de acções em que seja reu um Estado estrangeiro, formulando assim a *theoria da isenção*. Sustentam outros que os tribunaes dum Estado são competentes para conhecer daquellas acções, sempre que se não trate de actos de soberania ou poder publico, sendo portanto competentes em questões relativas ás obrigações por elle contrahidas no Estado, aos bens immoveis situados no territorio do Estado local, etc. E' a *theoria da jurisdicção*. Outros, finalmente, entendem que os tribunaes são incompetentes, mas que esta incompetencia não é absoluta, pois que cessa nas acções relativas aos bens immobiliarios sitos no Estado local, quando a jurisdicção resulta de tratados, e ainda quando o Estado interessado renuncia a esse direito de isenção. Esta theoria é a que nos parece mais harmonica com os factos.

Mas a difficuldade não surge só quando um Estado é demandado perante os tribunaes doutro Estado. Ella apparece ainda quando se trata da competencia dos tribunaes relativamente ás autarchias locaes estrangeiras. Poderão estas ser demandadas em Portugal? A nossa legislação tambem não é expressa a este respeito. Para resolvermos esta questão não temos outro recurso senão combinarmos o artigo 20.º do codigo de

processo civil com o artigo 255.º do código commercial. Porisso, se a autarchia tiver algum representante em Portugal, poderá ser demandada na pessoa deste, quer quando esteja cá domiciliado, quer quando cá seja encontrado, mas no caso contrario não ha outro meio senão demandar no juizo da sua séde.

No caso em que o Estado possa ser demandado perante os tribunaes estrangeiros, quem deve representa-lo? Isso depende do seu direito interno que determinará a pessoa conforme as circumstancias.

135 — Dá se a competencia electiva quando dois ou mais tribunaes têm competencia para a mesma causa, podendo as partes escolher um delles. Assim, a acção resultante duma obrigação contrahida em país estrangeiro por um português, diz o código de processo civil (art. 20.º), *pode* ser intentada perante os tribunaes portugueses, não reconhecendo assim a estes competencia exclusiva.

Quando, havendo competencia electiva, a acção é proposta num dos tribunaes, fixa-se por este facto a sua competencia. E se, depois de instaurada a acção no tribunal dum dos países, o autor tornar a instaurar no tribunal doutro país, verificar-se-ha a lide pendente. Quando a competencia

é exclusiva segundo a lei dum país, nenhuma effi-
cacia tem nelle a instauração da acção em qual-
quer outro.

1315 — Contrariamente ao que succede nos
Estados que fazem parte da communidade inter-
nacional, onde os estrangeiros estão sujeitos ás
justiças locais, nos países de capitulação os ex-
trangeiros têm personalidade de jurisdicção. Ali
exercem os consules funcções jurisdiccionadas tanto
em materia civil ou commercial como em materia
criminal, em relação aos seus nacionaes, por uma
evidente limitação da soberania territorial (1).

A jurisdicção consular nos países não chris-
tãos, com excepção do Japão, como a Turquia, a
Persia, o Siam, a China, etc., deriva das diffe-
renças de civilização entre esses Estados e os Es-
tados christãos, das poucas garantias offercidas
pela sua organização politica e judicial, da sua
animadversão pelos estrangeiros e da negação aos
mesmos estrangeiros da participação na sua com-
munityde juridica, por vezes identificada com a
communidade religiosa, circumstancias que obri-
garam os Estados civilizados a procurar os meios

de proteger juridicamente os direitos dos seus subditos, encontrando-se um desses meios na isenção das justiças locais e dos tribunaes da sua nação, isenção coasagrada 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. O regimen das capitulações é fundamentalmente o regimen da personalidade da jurisdicção da personalidade das leis.

Estudemos em primeiro logar a *jurisdicção civil e commercial* e em seguida a *jurisdicção criminal*.

a) Relativamente á jurisdicção civil e commercial, podemos estabelecer os seguintes principios:

1.º) As causas entre estrangeiros da mesma nacionalidade são julgadas pelos consules do seu pais.

2.º) As causas entre estrangeiros de differente nacionalidade são da competencia do consul do pais do reu, pela applicação do principio *auctor sequitur forum rei*.

3.º) As causas entre um subdito duma nação christã e um indigena são da competencia do consul ou das justiças locais consoante a nacionalidade do reu, applicando-se ainda o principio *auctor sequitur forum rei*. Este principio tem, comtudo, limitações firmadas nos usos ou nos

tratados, que sempre devem ser tidas 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 indígenas 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 porem, 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 Constantinopola 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 civis de valor superior a mil piastras, levantadas entre cidadãos ottomanos e estrangeiros. A segunda respecta ás questões referentes ao *estatuto pessoal*, que relativamente aos estrangeiros não musulmanos comprehende 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 *drog*

man do consulado aos estrangeiros submettidos às jurisdicções ottomanas, com o direito de suspender a marcha do processo, de visar e assignar as suas peças mais importantes, bem comò de impedir a execução do julgamento. A quarta, finalmente, resulta da inviolabilidade do domicilio dos estrangeiros reconhecida pelas capitulações, por virtude da qual as autoridades turcas não podem executar os mandados de justiça decretados ou as sentenças pronunciadas contra os estrangeiros sem a assistencia ou autorização da autoridade consular. Estas restricções, se não egualam, approximam-se bastante da protecção inherente á jurisdicção consular.

Cumpra, porem, 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 conjuntamente pelos respectivos consules e pelas autoridades chinêsas, os quaes procedem reunidos á investigação do caso e o decidem applicando os

princípios da equidade, como dispõe o artigo 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 artigo 31.º do tratado sino-português de 1 de dezembro de 1887. É ainda de notar que nas concessões — *settlements* de Shangae, a concessão francesa e a concessão internacional, ha os chamados *tribunaes mixtos*, formados por um chinês e um juiz assessor estrangeiro, que representa o consul respectivo. Estes tribunaes onde os assessores não têm voto deliberativo, julgam as causas entre chinêses e estrangeiros quando os chinêses forem reus.

Aos tribunaes mixtos chinêses assemelha-se o Tribunal *internacional* de Siam, tribunal siamês a que está addido um jurista europeu a titulo de conselheiro e portanto sem voto deliberativo, destinado a julgar as questões civeis ou commerciaes em que o autor seja dum Estado de civilização europeia e reu um siamês.

b) Em materia de jurisdicção criminal prevalecem estas regras:

1.º) Os crimes commettidos por subditos duma nação christã contra os seus concidadãos são julgados pelo consul do seu país.

2.º) Os crimes commettidos por estrangeiros contra outros estrangeiros são julgados pelo consul do offensor.

3.º) Os crimes commettidos por estrangeiros contra indigenas são da competencia do consul do pais do delinquente. Em alguns paes, como a Turquia, o principio de direito é que, em taes casos, a competencia pertence aos tribunaes locais, mas de facto attribue-se muitas vezes o julgamento aos consules.

Em harmonia com as regras estabelecidas, podem os consules julgar causas que interessam aos subditos locais, assim como podem as autoridades do pais 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 justicas territoriaes julgarem questões que affectem os estrangeiros, essas autoridades reciprocamente interfiram na instrucção e julgamento dos processos para a melhor garantia e defesa dos direitos dos seus nacionaes.

No Egypto foi o regimen das capitulações modificado pela criação de *tribunaes mixtos* de juizes indigenas e estrangeiros (preponderando estes em numero), com competencia para conhecer das acções civis ou commercias entre indigenas e estrangeiros ou entre estrangeiros de differente nacionalidade, as acções reaes immobiliarias entre indigenas e estrangeiros da mesma ou de differente nacionalidade, e das acções criminaes por to

das as contravenções de policia commettidas por estrangeiros, por delictos commettidos contra os magistrados judiciaes ou officiaes de justiça durante ou por virtude das suas funcções, por delictos commettidos pelos mesmos funcionarios no exercicio das suas funcções, e por delictos de bancarrota.

Os tribunaes mixtos são quatro, tres de primeira instancia em Munsurah, Curo e Alexandria, e um de appellação em Alexandria. Foram organizados pela reforma judiciaria egypcia de 16 de setembro de 1875, approvada pelos Estados europeus, e começaram a funcionar no dia 15 de fevereiro de 1876, tendo a sua jurisdicção sido prorogada de cinco em cinco annos. Applicam codigos mixtos inspirados pelos codigos europeus, que começaram a vigorar no 1.º de janeiro de 1876.

Ao lado dos tribunaes mixtos funcionam os tribunaes consulares, para todas as acções civeis e commerciaes não immobiliarias entre individuos da mesma nacionalidade e para as acções relativas ao estado e capacidade, quando para ellas tenham competencia segundo a sua lei nacional, bem como para as acções sobre successões legitimas e testamentarias, ainda que interessem a individuos de differente nacionalidade, pois que estas acções não entram na jurisdicção dos tribunaes mixtos, e bem assim para as acções criminaes que

estejam fora da competência restricta destes tribunaes e lhes pertença a segundo o regimen das capitulações.

Funcionam assim no Egypto ao lado dos tribunaes indigenas os tribunaes consulares e os tribunaes mixtos.

137 — Na republica chinêsa, em Marrocos, em Siam, no sultanato de Zanzibar e em todos os países onde os cidadãos portuguezes, por praticas incontestadas, capitulações ou tratados vigentes, forem isentos da jurisdicção territorial, exercem sobre elles os consules e os tribunaes consulares portuguezes jurisdicção civil, commercial e criminal, em harmonia com os usos locais, os tratados em vigor e as disposições do regulamento consular de 24 de dezembro de 1903 (Reg. consular, art. 183.º.)

Esta jurisdicção é exercida pelo consul, julgando só, ou pelo tribunal consular. O tribunal consular é composto de consul ou de quem as suas vezes fizer, servindo de presidente, e de tres assessores. Estes são escolhidos no principio de cada anno pelo consul entre as pessoas importantes e idoneas da nacionalidade portugueza, ou, na falta destas, entre as de nacionalidade estrangeira, em numero sufficiente para assegurar o regular funcionamento do tribunal (art. 184.º, 185.º e 186.º).

Os assessores julgam das questões de facto; as suas funcções são analogas as que nos tribunaes de Portugal competem ao ju'y. O consul. presidente do tribunal consular, julga de direito (art. 187.º)

Se, por qualquer motivo, não puder constituir-se o tribunal consular, exerce o consul, sempre que o julgue indispensavel as funcções do mesmo tribunal, consignando esta circumstancia nos autos e informando a secretaria dos negocios estrangeiros dos motivos que obstaram á regular constituição do tribunal (art. 190.º).

O juizo consular applica a lei portugueza em tudo o que não for opposto ás convenções diplomaticas e aos usos locaes recebidos pelos consules das demais nações (art. 192.º)

Em materia civil e commercial o consul julga só e sem recurso as acções até o valor de 200,000 reis. As acções de valor superior a 20,000 reis são de competencia do tribunal consular, havendo sempre recurso de appellação das suas sentenças para a relação que mais proxima estiver da sede do consulado, dentro as de Gôa, Moçambique e Lisboa (artt. 195.º e 225.º). Mas as acções relativas ao estado e capacidade das pessoas são da competencia exclusiva dos tribunaes do continente da republica, ilhas adjacentes e provincias ultramarinas (art. 196.º).

Em materia criminal o consul conhece e julga

as contravencões e crimes a que corresponder alguma das penas seguintes: reprehensão, suspensão temporaria dos direitos politicos, multa, desterro e prisão correccional. E ao tribunal consular compete o julgamento dos crimes a que correspondam as penas maiores enumeradas no artigo 55.º do código penal, com excepção dos seguintes crimes cujo julgamento compete exclusivamente aos tribunaes do continente da republica, ilhas adjacentes e provincias ultramarinas: homicidio voluntario, ferimentos de que resulte a morte, fogo posto, violação de menor de doze annos, os crimes dos empregados publicos no exercicio das suas funcções, falsidade de moeda, notas de banco, papeis de credito, sellos, cunhos e escriptos, crimes contra a segurança do Estado salvo se lhes corresponder pena correccional, os crimes a respeito dos quaes concorrem as circunstancias previstas no n.º 5.º do artigo 53.º do código penal (art. 237.º, 238.º e 239.º).

Das sentenças penaes dos consules e dos tribunaes consulares ha recurso para a relação que mais proxima for da sede do consulado, de entre as de Gôa, Moçambique e Lisboa, excepto quando forem applicadas, separada ou cumulativamente, as seguintes penas: reprehensão, suspensão da direitos politicos até dois annos, multa até seis mezes ou até 500,000 reis quando a lei fixar a

quantia, desterro até seis mezes, prisão correctio-
nal até seis mezes (art. 267.)

138 — Os estrangeiros só podem dirigir-se aos tribunaes locais quando as leis do pais o facultam e só por esses tribunaes podem ser protegidos os seus direitos, mas a capacidade para estar em juizo deve ser determinada pela lei nacional como a lei competente para, em geral, regular a capacidade.

Não se devem, porem, confundir as disposições relativas á capacidade para estar em juizo com as disposições que determinam se as partes podem litigar pessoalmente ou precisam de recorrer ao patrocínio do advogado ou solicitador. Estas ultimas respeitam não á capacidade jurídica individual, mas ás normas de processo, devendo porisso, applicar-se exclusivamente a *lex fori*.

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, pelo principio 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 de uma funcção de poder publico, que não poderia subordinar-se aos moldes traçados por um legislador extranho.

Mas será entre nós extensiva aos estrangeiros a assistencia judiciaria gratuita? O decreto de 21 de julho e o regulamento de 1 de agosto de 1899, que regulam esta materia, não fazem distincção entre nacionaes e estrangeiros e portanto devem os estrangeiros ser admittidos a gosar do beneficio da assistencia gratuita em Portugal. E esta faculdade é-lhes ainda reconhecida pelo artigo 20.º da convenção da Haya, de 17 de julho de 1905, relativa ao processo civil, onde se dispõe que «os cidadãos de cada um dos Estados contractantes serão admittidos em todos os outros Estados contractantes 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».

Os estrangeiros são em alguns paises obri-

gados a prestar caução para pagamento das custas do processo — *cautio judicatum solvi*. Entre nós os estrangeiros não são, porém, obrigados á tal caução, visto que não ha nenhum preceito de lei que a isso os obrigue actualmente. Nos países que assignaram a citada convenção da Haya, «nenhuma caução ou deposito, sob qualquer denominação, pode ser exigida com fundamento na qualidade de estrangeiros ou na falta de domicilio ou residencia no país, aos cidadãos de um dos Estados contractantes que, tendo o seu domicilio num destes Estados, forem autores ou assistentes em processo perante os tribunaes de outro dos mesmos Estados (art. 17.^o)».

A citação quando tenha lugar no país é regulada pela *lex fori*. Se, porém, o citando estiver em país estrangeiro, a citação póde ser feita por editos ou por carta rogatoria. No primeiro caso é competente a *lex fori*. No segundo a citação deve ser feita em harmonia com a lei do lugar onde o citando estiver domiciliado, sendo esta citação valida se as leis do país que expede a rogatoria não exigir formalidades especiaes, que não sejam admittidas pela *lex loci*, para a continuação da acção.

A lei que regula a validade das provas é a lei inherente á propria relação juridica. Mas

nesta podemos considerar a forma e o fundo, identificando-se umas vezes á prova com a forma, e outras com o proprio fundo. Assim entre nós o mutuo superior a 400,000 reis só pode ser provado por meio de escriptura publica: aqui a prova do emprestimo confunde-se com a propria forma do acto. A acção de investigação da paternidade illegitima pode ser fundada na posse de estado; neste caso a prova da posse de estado, que deve ser feita em harmonia com a lei da relação juridica que se procura effectivar, identifica-se com o proprio fundo. Quando a prova se identifica com a forma, é a lei desta a competente para a regular; quando se identifica com o fundo, é competente a lei desta.

Mas, se a prova do acto deve ser estabelecida pela lei reguladora da relação juridica, o modo de produzir essa prova em juizo é estabelecido pela lei do tribunal. O modo de deducção da prova é uma formalidade de processo e por isso fica sujeito ao principio da territorialidade das formulas judicarias.

A lei reguladora da prova testemunhal, de uma maneira geral, é a *lex fori*. E' tambem por esta lei que se regula a capacidade testemunhal, a recusa das testemunhas, as contradictas, etc., visto tratar-se de leis moraes e portanto de ordem publica.

O juramento só poderá ser admittido nos casos em que o fôr pela *lêx fori*, que é tambem a lei reguladora da sua deducção. Entre nós foi abolido o juramento com caracter religioso e substituido pela declaração sob palavra d'honra.

A presumpção deve ser admittida segundo a lei reguladora da relação juridica, cabendo a esta dizer se se trata da presumpção *tantum juris* ou *juris et de jure*. O onus da prova cabe áquelle que allega o factó—*auctori incumbit probatio*, a não ser que tenha a seu favor alguma presumpção de direito, e a lei da relação juridica é que determina se o autor tem ou não a seu favor alguma presumpção e a natureza desta.

Deve-se, porém, notar que os tribunaes dum paiz não conhecerão das formas admittidas noutros e que sejam contrarias ás suas leis de interesse e ordem publica, como as ordalias e os duellos judiciarios.

139— Se no decorrer do processo fôr necessario praticar alguma diligencia em pais diferente daquelle em que pender a lide, deverá o tribunal, perante o qual corre a acção, expedir cartas rogatorias para as autoridades judiciaes do pais onde a diligencia deva ser praticada.

As rogatorias internacionaes são reconheci-

das por uma pratica quasi universal e o seu cumprimento é declarado obrigatorio em muitos Estados ou por tratados, ou por leis internas, como na Allemanha, Austria, Belgica, Brazil, Dinamarca, Espanha, Inglaterra, Italia, Noruega, Portugal e Suecia.

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 das leis internas estabelecer a transmissão directa entre os seus tribunaes, ou mesmo permittir que as partes apresentem directamente as rogatorias aos tribunaes estrangeiros.

A Inglaterra e os Estados Unidos da America do Norte, não expedem nem recebem rogatorias pela via diplomatica. Para as diligencias a effectuar no estrangeiro adoptam os dois paises 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 paises precisam as rogatorias de ser apresentadas directamente aos tribunaes competentes. Mas em 1909 a Inglaterra participou ás potencias que recebia pela via diplomatica cartas para a inquirição de testemunhas.

As rogatorias emanadas de autoridades ex-

trangeiras para serem cumpridas pelas justiças portuguezas só podem ser recebidas pela via diplomatica (cod. de proc. civ., art. 89.º) e, quando envolvam 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 pais (cit. cod., artt. 21.º, 4, 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 apresenta-las directamente á relação competente.

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 Espanha por notas de 7 de julho de 1903.

A pratica das rogatorias internacionaes foi sancionada pela convenção da Haya, de 17 de julho de 1905, nestes termos: «Em materia civil ou commercial, a autoridade judicial de um Estado contractante poderá, em conformidade das

disposições da sua legislação, dirigir-se por carta rogatoria á autoridade competente doutro Estado contractante, pedindo-lhe proceda, nos limites da sua jurisdição, a um acto de instrucção ou a outros actos judiciaes (artigo 8.º)». «As cartas rogatorias *serão transmittidas pelo consul* do Estado requerente á autoridade que fôr designada pelo Estado requerido. Essa autoridade enviará ao consul o documento comprovativo do cumprimento da carta rogatoria ou indicativo do facto que tiver impedido esse cumprimento. . . Cada Estado contractante pode declarar por communicação dirigida aos demais Estados contractantes, 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 contractantes se entendam entre si para admittir a transmissão directa de cartas rogatorias entre as suas respectivas auctoridades (art. 9.º)». «Salvo accordo em contrario, a carta rogatoria deve ser redigida, quer na lingua da autoridade 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. 10.º)». «A autoridade judicial a quem fôr

dirigida a carta rogatoria será obrigada a cumpri-la, usando dos mesmos meios coercivos que para o cumprimento de deprecadas das autoridades do Estado requerido ou satisfação de petição para este effeito formulada pela parte interessada. Estes meios coercivos poderão deixar de ser empregados tratando-se do comparecimento das partes em juizo . 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 attentatorio da sua soberania ou da sua segurança (art. 11.º)». «Em caso de incompetencia da autoridade requerida, a carta rogatoria será transmittida *ex officio* á autoridade judicial competente do mesmo Estado, segundo as regras estabelecidas pela legislação deste (art. 12.º)». «Em todos os casos em que a carta rogatoria deixar de ser cumprida pela autoridade requerida, esta disso informará immediatamente a autoridade 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 autoridade a quem a carta houver sido transmittida (art. 13.º)». «A autori-

dade judicial que proceder ao cumprimento de uma carta rogatoria applicará as leis do seu pais, pelo que respeita á forma do processo. Será comtudo deferida a petição da autoridade requerente no sentido de se proceder segundo uma forma especial, contanto que essa forma não seja contraria á legislação do Estado requerido (art. 14.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 oppuzer o Estado em cujo territorio deve ser cumprida a rogatoria (art. 15.º)». «O cumprimento das cartas rogatorias não poderá dar logar ao reembolso de raxas 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 indemnizações pagas ás testemunhas ou aos peritos, bem como das custas occasionadas pela intervenção de um official publico, tornada necassaria por as testemunhas não terem comparecido voluntariamente, ou das custas resultantes da eventual applicação do art. 14.º, alinea 2.ª (art. 16.º)».

Portugal usando da faculdade concedida pela alinea 3.ª do art. 9.º desta convenção, commu-

nicou aos demais Estados contractantes que só recebia as cartas rogatorias pela via diplomatica.

140 — 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.

Por isso, 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 applica-la de officio, ou precisarão as partes de allegar e provar a sua existencia, como se fôra um simples facto?

Da concepção que aceitamos 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 impor-se como obrigatorios os principios de 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 averiguações. 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, pois, esta a doutrina de todos os internacionalistas nem a geralmente seguida pela legislação ou jurisprudencia dos diversos paises.

Tres *systemas*, com effeito, têm sido adoptados pelos internacionalistas ou pela pratica legislativa e judicial de varios paises relativamente á applicação e prova das leis estrangeiras.

Segundo o *systema* mais antigo, a lei estrangeira é um simples facto que deve ser allegado pelas partes, não podendo o juiz applicar *ex 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.

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 obrigação 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 conteudo, 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.

E' 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 obrigatória e officiosa para os tribunaes. Não se comprehende que um preceito obrigatorio para o Estado, embora por elle incorporado no systema do direito nacional, tenha a sua applicação dependente da iniciativa das partes. Além 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 theoreticos 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 portugêsas 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 portugêso, 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. E' o art. 2406.º do cod. civ., cujos termos dizem: «Nos casos em que *fôr invocado* algum estatuto ou postura municipal deste pais, ou *alguma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, será obrigado a provar a dita existencia aquelle que tiver allegado tal estatuto, postura ou lei*». Como entender este artigo?

O S. T. J., em accordão de 18 de dezembro de 1891, sem o referir, mas baseando por certo nelle a sua decisão, formulou a seguinte doutrina: «Quando nos tribunaes portugêses 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 extran-

geiro, porque, se os magistrados, como juriscultos, podem conhece-lo, não podem como julgadores applica-lo, se a prova delle não estiver nos autos. E assim. . . tem a questão de ser resolvida pela lei portugûsa. . . ». 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 portugûsa.

Legitima não é semelhante doutrina; será, porém, legal? Não o pensamos. O codigo civil e o codigo commercial, declarando competentes as leis estrangeiras para regular determinadas relações juridicas, tornam, em principio, a sua applicação obrigatoria para os tribunaes, e só deante 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 deve 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 precise 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 juridicas o legislador portugûes 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 portugûes na regulamentação das relações juridicas, 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 implicita do direito portugûes deva ser applicado o direito estrangeiro.

Portanto, da hypothese (do art. 2406.º) de se impôr a quem invoque uma lei estrangeira a obrigação de provar a existencia dessa lei quando contestada, não póde 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 fôr 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 entender que ella é ou deixa de ser a lei competente para resolver a questão, pois não se trata de um simples facto que elle tenha necessariamente de acceitar, mas de um 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 minuncias as leis dos differentes paises, 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 se conheça a sua competencia.

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 Insti-

tuto de direito internacional e já formulado na terceira conferencia da Haya de direito internacional privado)—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 pais, ou pedido pelo mesmo ministerio aos agentes diplomaticos ou consulares deste pais existentes em Portugal.

SECÇÃO III

Conflictos de leis de direito internacional privado

- 141 — Causa determinante do conflicto.
- 142 — A resolução do conflicto: theoria tradicional e theoria da devolução.
- 143 — A theoria da devolução perante o direito português.

141 — A constituição do direito internacional privado segundo as bases do methodo legis-

lativo produziu a frequente divergencia 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*, questão do *retorno*, questão do *reenvio*, 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. Exemplifiquemos: morreu em Lisboa uma senhora inglêsa deixando quasi toda a sua fortuna a uma filha e a outra um legado de um conto de reis. A filha desherdada levou a questão para os tribunaes portuguezês, allegando que a lei inglêsa, comquanto não admittisse restricção á liberdade de testar, mandava regular o estado e capacidade pela lei do domicilio, no caso a lei portuguesa, e que portanto era por esta que a mesma liberdade de testar devia ser determinada. Eis a questão: a lei portuguesa (cod. civ., art. 27.^o) manda regular o estado e a capacidade civil pela lei inglêsa e esta manda regular pela lei portuguesa. Como resolver o conflicto?

142 — A divergencia das legislações na determinação dos preceitos de direito internacio-

nal privado conduziu naturalmente á questão: se o direito de um determinado país manda regular uma dada ordem de relações jurídicas pelas leis estrangeiras, por exemplo, se manda regular a successão pela lei nacional do autor 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 legítimas, herdeiros successiveis, direito de representação, etc., ou nas suas disposições de *direito internacional*, 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, *remetido* 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 séguir a *theoria tradicional*, resolvendo-se pela applicação das

disposições de direito interno, e a theoria da *devolução* deu lugar á *questão da devolução*.

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 entendendo-se na segunda phase como *questão de competencia* do legislador em materia de direito internacional privado, no intuito de verificar em que *qualidade* cada legislador formula os preceitos daquelle direito e qual a *natureza* e força *obrigatoria* destes preceitos.

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 sob o mesmo litigio em diferentes Estados, e garante em pais 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 de uma terceira lei por ella indicada, o seu julgamento será identico ao que em caso similhante proferiria um tribunal do pais para a lei do qual remette a *lex fori*, e terá ahi assegurado o *exequatur* por applicar a lei competente segundo a regra de conflicto ahi vigente. Assim, sendo a idade legal para contrair matrimonio de 18 annos para os homens e 16 annos para as mulheres, segundo a lei portugueza, e de 20 e 16, segundo a lei dinamarquêsa, e mandando a regra de conflictos estabelecida no direito portuguez regular a capacidade matrimonial pela lei nacional dos esposos e a estabelecida no direito dinamarquês pela lei do seu domicilio, se um tribunal portuguez, chamado a conhecer da capacidade matrimonial de um dinamarquês domiciliado em Portugal, remetido, como é, pelo art. 27.º do cod. civ., 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 executada na Dinamarca.

2.º) A devolução traduz a realização do pensamento do legislador, pois, quando este estatue que uma determinada relação juridica dever ser regulada por uma lei estrangeira, quer racional-

mente 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 de um outro Estado.

Nenhum destes argumentos pôde, porém, resistir a uma critica profunda. A identidade dos julgamentos, como vantagem da theoria da devolução não passava duma illusão provinda de uma inconseqnencia na comprehensão e applicação daquella theoria. Com effeito, se o tribunal dum pais deve entender os preceitos da *lex fori* sobre os conflictos no sentido da devolução e se a theoria é verdadeira, tambem os tribunaes dos outros paises assim devem interpretar as regras de conflictos dos seus direitos, e os julgamentos, em vez de identicos, serão divergentes. Assim, se no caso acima apontado, o tribunal portugês deve seguir a doutrina da devolução e declarar valido o casamento dum dinamarquês domiciliado em Portugal e aqui casado aos 18 annos, applicando a lei portugêsa 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 portugêsa, que é a do domicilio, não nas disposições de direito interno, mas nas disposições de direito internacional privado, que remettem para lei nacional, na hypo-

these para a lei dinamarquêsã, e portanto 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.

A garantia do *exequatur* não offerece appoio mais firme á theoria da devolução. E' certo que, se o tribunal sentenciador applicar uma regra de conflictos semelhantes á estabelecida pelo direito do pais do tribunal a que se pede o *exequatur*, será isso um meio de facilitar o mesmo *exequatur*. Mas similhante 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, salvo quando diga respeito ao regimen da propriedade dos immoveis, e porisso tambem não pode, para o effeito de assegurar o *exequatur*, determinar a regra de conflictos que hade preferir a estabelecida pela *lex fori*. Depois, ainda mesmo que fosse possivel determinar o pais 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 pais *A*, no intuito de assegurar o *exequatur* no pais *B*, devesse applicar a regra de conflictos vigente neste ultimo pais, a seu turno, os juizes do pais *B*, quando fossem elles os pri-

meiros a conhecer da questão, deveriam applicar as regras de conflictos vigentes em *A*, o que daria sobre o mesmo litigio soluções diferentes, 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 acerca 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 admite 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 estrangeiros remette para a *lex fori*. Se invoca a lei estrangeira, é evidentemente nas disposições em que é differente da sua, por entender que estas 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 preceitos de direito interno dessas leis. Depois, se a lei estrangeira para que remette a *lex fori* deve ser applicada 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 de um 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 sahir do circulo desde que se conserve na logica da theoria da devolução.

A theoria da devolução é, pois, insustentavel como principio da interpretação dos preceitos da *lex fori* que remettem para as leis estrangeiras. As regras de conflictos, quer mandem resolve-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 entender 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.

Com Von Bar, Weiss, Fiore, Bartin, Lainé, Westlake, Anzilotti e outros a questão da devo-

lução 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 formula os preceitos desse direito e qual o valor e alcance dos mesmos preceitos.

Weiss e Von Bar explicam e procuram conciliar a questão da devolução pela *renuncia da competencia*. Assim, por exemplo, a lei portugêsa manda regular o estado e a capacidade civil dos estrangeiros pela lei do seu pais; mas se a lei inglêsa, como de facto acontece, os manda regular pela lei do domicilio é porque renuncia á competencia que as nossas leis lhe conferem.

Este systema é, porém, inaceitavel, porquanto faz suppor que, quando a *lex fori* remette para uma lei estrangeira, o Estado não se conduz desse modo por julgar essa lei mais justa, mas sim com a unica intenção de prestar um favor a esse pais. Portanto o argumento apresentado por Weiss e Von Bar para a defesa da theoria da devolução como questão de *competencia* tem a sua base na theoria da cortesia internacional, embora estes escriptores a não acceitem, a qual, como já sabemos, está abandonada.

Westlake procura explicar a theoria da devolução por meio de um *conflicto negativo* entre a

lex fori e a lei estrangeira. Assim, a lei portugêsa manda regular o estado e a capacidade civil pela lei nacional do individuo; a lei dinamarquêsa, por sua vez, manda regular pela lei do domicilio. Por qual das duas leis se devem determinar o estado e a capacidade civil dum dinamarquês estabelecido em Portugal? Abre-se um *conflicto negativo*, pois que remettendo mutuamente os dois Estados para a lei do outro Estado faz presuppor que os juizes de ambos os países não podem julgar a questão. Mas como o conflicto tem de ser resolvido, applica-se, á falta doutra, a lei normal local como *lei subsidiaria*, devendo portanto os tribunaes dinamarquêses applicar a lei da Dinamarca e os tribunaes de Portugal a lei portugêsa, 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 portugês, indo applicar a lei da Dinamarca, verifica que esta é para os domiciliados no pais e não para os domiciliados no estrangeiro.

O systema de Westlake não é accitavel pois 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 póde 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.

Fiore, 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 character das disposições do direito internacional privado. Ora, para o autor, as regras de direito internacional formuladas por cada Estado *não são* verdadeiras *regras internacionaes*, 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 autor, 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 comprehende 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 autoridade das leis sobre taes assumptos têm uma força absoluta e exclusiva para os tribunaes, quaesquer que sejam as regras de conflictos formuladas pelos outros Estados. Para organizar a protecção das pessoas e as relações de familia, *é racionalmente competente o legislador do pais 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 portuguez, por exemplo, manda regular o estado e a capacidade de um inglês domiciliado em Portugal pela lei inglêsa, e esta por sua vez os manda regular pela lei do domicilio e portanto

pela lei portugüesa, o legislador inglês é o mais qualificado para organizar a protecção dos seus nacionaes e porisso o juiz portugüês 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 os do primeiro grupo ser de applicação obrigatoria para os tribunaes como leis de ordem publica e os do segundo ter a sua applicação dependente da indicação das regras de conflictos estrangeiros referentes ao estatuto pessoal.

A doutrina de Fiore tambem não é accetavel, pois se apoia numa base falsa que vicia toda a construcção do seu systema. O autor 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. E' confundir evidentemente duas funcções differentes, que, embora exercidas por um mesmo orgão, o são numa qualidade differente. E' o Estado que ao mesmo tempo formula os preceitos do direito interno e quasi sempre estatue os principios do direito internacional privado. Mas, no primeiro caso, é orgão normal da sociedade nacio-

nal para determinar as regras jurídicas da conducta dos individuos dentro dessa sociedade, e no segundo é *transitoriamente* órgão da sociedade internacional, definindo princípios disciplinadores das relações internacionaes de ordem privada. Como órgão 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 órgão da sociedade internacional, define princípios, 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 concorrência internacional para garantir efficazmente as relações privadas que a vida internacional produza ou faça reflectir no dominio da sua soberania. E os princípios formulados por cada Estado como órgão da sociedade internacional são, como já tivemos occasião de notar, rigorosamente imperativos e de applicação obrigatoria pelos tribunaes desse Estado.

A theoria da devolução é, em conclusão, contradictada pela natureza mesma do direito internacional privado, e por isso deve ser regeitada quer como simples processo de interpreta-

ção, quer como meio de precisar a competência legislativa na declaração daquelle direito. E contraria á similhante 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 de um 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».

143 — Não ha no direito portuguez disposição alguma que *formalmente* aceite ou ~~rejeite~~ a theoria da devolução. Sendo assim, não podendo a theoria sustentar-se sob qualquer aspecto que se considere, devem os tribunaes portuguezes interpretar as nossas leis, quando mandem applicar o direito estrangeiro como remetendo 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. Neste despacho affirma-se que a theoria não só não é repellida pelas nossas leis, mas, ao contrario, que póde considerar-se reconhecida na disposição do n.º 4 do art. 22.º do cod. civ.; que esta theoria foi acceita na convenção da Haya, de 1902, sobre o casamento, e que, se para um caso é admittida como questão de interpretação do direito internacional privado, o deve ser para todos, como foi expressamente admittida pelo art. 27.º da lei de introdução do código civil allemão.

— E' evidente que a theoria da devolução não é de modo algum reconhecida no n.º 4 do art. 22.º do cod. civ., onde se diz: «Art. 22.º— Perde a qualidade de cidadão português. 4.º A mulher portugêsa que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalizada pela lei do pais do marido» Similhante disposição teve por fim evitar que a mulher ficasse sem nacionalidade.

O argumento derivado do art. 1.º da convenção da Haya, sobre o casamento, é infeliz, pois é certo: 1.º) que a conferencia de 1900, pela qual foi elaborado o projecto daquella convenção, rejeitou a theoria da devolução como principio geral de direito internacional privado, e apenas o acceitou 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, effeitos do casamento e successões, foi reconhecida similhante theoria e, assim, a regra de devolução da convenção de 1902 tem character *excepcional* e portanto não póde 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 disposições não poderiam basear a analogia na interpretação do direito portugûês; 4.º) e que, se os Estados signatarios da convenção, e portanto Portugal, julgaram necessaria naquelle caso especial uma regra de devolução foi certamente porque estavam convencidos de que a theoria da devolução não era acceita pelo direito de cada um dos mesmos Estados.

Nenhum valor pode ter igualmente o exemplo tirado do artigo 27.º da lei da introducção do

codigo civil allemão, pela razão simples de que o legisladar allemão, formulando expressamente uma regra de devolução quanto á applicação da lei pessoal, mostrou que, sem uma regra, os tribunaes allemães não applicariam a theoria da devolução.

O art. 27.º do codigo civil portugês tem de interpretar-se como remettendo para a lei estrangeira na sua disposição de direito internacional privado. A lei reguladora da capacidade testamentaria de um inglês é a lei inglêsa e não a portugêsa, como no exposto se defende.

O argumento derivado do art. 24.º do codigo civil é que nos parece decisivo. Diz este artigo: «Os portugêses, que viajam ou residem em pais estrangeiro, conservam-se sujeitos ás leis portugêsas concernentes á sua capacidade civil, ao seu estado.....». Remettendo assim claramente para as disposições portugêsas de direito interno, o mesmo deve acontecer com o disposto no art. 27.º que igualmente deve remetter para a lei estrangeira nas suas disposições de direito interno.

CAPITULO III

Reconhecimento internacional dos direitos adquiridos

144 — Principio geral.

145 — Sua acceitação pelo direito portugûês.

146 — Limitações ao principio.

147 — Sentenças estrangeiras.

144 — Como acima deixamos indicado, a organização logica do direito internacional privado abrange tres problemas fundamentaes, o problema da condição dos estrangeiros, o problema dos conflictos, e o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Resta-nos esboçar o estudo do terceiro problema, que consiste em determinar se um direito legitimamente adquirido num pais deve ser reconhecido nos outros paises e, no caso affirmativo, dentro de que limites pode ser admittido esse reconhecimento.

A questão deve ser resolvida affirmativamente, tanto sob o ponto de vista dos interesses praticos como em face das bases scientificas do direi-

to internacional privado. 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 quiz ver nelle o unico fundamento do direito internacional privado. Embora assim não possa considerar-se, representa comtudo uma das grandes bases da regulamentação juridica das relações internacionaes de character privado.

O reconhecimento internacional dos direitos legitimamente adquiridos num determinado pais é praticamente necessario, pois seriam completamente impossiveis as relações privadas internacionaes se uma simples mudança do pais fosse bastante para despojar o individuo dos direitos e deveres que constituem o seu patrimonio juridico; esse reconhecimento é scientificamente legitimo, pois os Estados devem respeitar a soberania dos outros Estados na sua existencia como principio e nas suas applicações quanto aos actos a que ella dá auctoridade e valor, e devem coordenar a sua independencia por maneira, que dêem efficaz segurança ás relações internacionaes de ordem privada, e nem aquelle respeito estaria garantido nem esta segurança existiria se os direitos adquiridos num Estado não fossem reconhecidos pelos outros Estados. O commercio internacional de ordem privada, que é a cooperação dos individuos na so-

cidade internacional, suppõe a permanencia dos direitos e deveres dos mesmos individuos fóra do seu país para que exista a confiança mutua necessaria ás suas relações.

145 — O principio do reconhecimento internacional dos direitos legitimamente adquiridos foi claramente admittido pelas leis portuguezas, como se vê dos artt. 24.º, 25.º, 28.º, 31.º, 964.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1107.º, 1961.º, 1965.º, 2430.º e 2479.º do codigo civil, 4.º, 5.º e 109.º do codigo commercial, 20.º, 21.º, § 4.º, n.º 2., 213.º e 1087.º a 1091.º do codigo do processo civil, e 8.º e 30.º do codigo do processo commercial, donde se vê a toda a evidencia que o legislador portuguez reconheceu effeitos juridicos aos actos legitimamente celebrados em país estrangeiro, quer esses actos sejam praticados por portuguezes, quer sejam praticados por estrangeiros.

146 — Embora scientificamente legitimo e praticamente justo, não pode o principio ser admittido com character absoluto, mas devem fazer-se-lhe as limitações exigidas pelo modo de ser especial de cada Estado.

Uma primeira restricção a estabelecer é re-

lativa ou á não existencia no Estado local do direito adquirido em pais estrangeiro ou á circumstancia de esse direito existir mas ser reservado aos nacionaes. Comprehende-se que o Estado não garanta aos estrangeiros direitos que as suas leis não admittem ou que apenas estabelecem em favor dos seus subditos. E' o que acontecerá, por exemplo, com o direito de propriedade litteraria nos paises em que essa forma de propriedade não seja reconhecida ou apenas aproveite aos nacionaes.

Outra limitação deriva da incompatibilidade do direito adquirido em pais estrangeiro com alguma lei de ordem publica do Estado local. Se um direito não póde ser adquirido no pais por a isso se oppôr uma lei de ordem publica, tambem ahi não poderá ser reconhecido quando adquirido em pais estrangeiro, de contrario admitir-se-hia indirectamente o que directamente se prohibe.

Comtudo, a funcção do principio da ordem publica na theoria dos direitos adquiridos é differente da pelo mesmo principio exercida na theoria dos conflictos. Na theoria dos conflictos, o principio da ordem publica tem o valor de tornar internacionalmente nullos os actos praticados contra alguma das suas regras. Na theoria dos direitos adquiridos, o principio

da ordem publica apenas tem o valor de paraly-
sar os effeitos do acto que sejam contrarios aos
seus preceitos. Se o acto for legitimamente ce-
lebrado segundo as leis dum determinado Estado
é internacionalmente valido e só não produzirá
effeitos nos Estados onde esses effeitos forem
contrarios ás leis de ordem publica. Podem até
alguns dos effeitos de um acto, que seria nullo
quando celebrado no Estado local, mas que é
valido segundo as leis do pais onde foi praticado,
ser reconhecidos no Estado local, se taes effeitos
forem compatíveis com as leis de ordem publica.
E' o que se dará, por exemplo, nos paes mono-
gamicos, relativamente ao reconhecimento da
legitimidade dos filhos de marido polygamo,
quando o casamento polygamico seja legitima-
mente celebrado segundo as leis de um pais que
admitta a polygamia.

147 — Vejamos, para terminar este assum-
pto, se as sentenças proferidas por tribunaes
extrangeiros devem ser respeitadas e executadas
noutros Estados e, no caso affirmativo, quaes as
condicções a que devem satisfazer.

Tres systemas appareceram para a resolu-
ção desta questão: o da *revisão de merito*, o da
reciprocidade e o da *delibação*.

Segundo o primeiro *systema*, as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros não têm valor algum nos outros Estados, havendo necessidade de se propôr novamente a acção perante os tribunaes locaes, para que o interessado possa obter uma sentença executoria no pais. Este *systema* é manifestamente erroneo. Se os Estados se devem mutuo respeito nas suas legislações, reconhecendo os direitos adquiridos á sombra das leis estrangeiras, o mesmo respeito se devem quanto á funcção judiciaria, devendo reconhecer mutuamente as sentenças dos seus tribunaes.

O *systema* de reciprocidade apresenta duas modalidades: a da *reciprocidade de facto* e a da *reciprocidade diplomatica*. Pela reciprocidade de facto o Estado local reconhece e executa a sentença estrangeira, quando o Estado do tribunal que a proferiu reconheça e execute tambem as sentenças dos seus tribunaes. Pela reciprocidade diplomatica as sentenças estrangeiras só devem ser executadas quando o *direito* e a *forma* da execução sejam convencionalmente estabelecidas pelos Estados interessados. Este *systema*, em qualquer das suas modalidades, é tambem insustentavel. Apoia-se numa razão de utilidade, quando se trata duma razão de justiça internacional, e, por outro lado, não dá inteira segu-

rança aos direitos individuaes, pois que os faz depender do acaso de reciprocidade.

O *systhema da delibação* é o que parece mais razoavel e consiste em conceder ás sentenças estrangeiras o *exequatur* depois de as sujeitar 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 de execução. A concessão do *exequatur ipso jure* ás sentenças estrangeiras poderá ferir os direitos de soberania do Estado de execução, o que succedia todas as vezes que as sentenças fossem contrarias ás suas leis de interesse e ordem publica.

Mas quaes as condições a que deve satisfazer a sentença para que possa considerar-se internacionalmente regular?

1.º) Deve ser definitiva, isto é, ter passado em julgado segundo as leis do pais em que fôr proferida.

2.º) Deve ter 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 competen-

cia exclusiva dos tribunaes nacionaes, semelhantes sentenças não poderão ser executadas como contrarias ás leis de ordem publica do mesmo Estado de execução.

3.º) Deve ser proferida *com regularidade formal* pelo cumprimento das leis de processo do Estado do tribunal sentenciador.

4.º) Deve ser revestida das necessarias condições de authenticidade para haver a certeza da sua existencia.

5.º) Não deve ser contraria ás leis de ordem publica do Estado local.

O Estado de execução limita-se por meio do *do juízo de delibação* a verificar a regularidade internacional da sentença, e verificada esta, o direito nella definido deve considerar-se como um direito internacionalmente adquirido e deve ser respeitado e executado no Estado local.

O nosso codigo de processo civil seguiu o systema da *delibação*, como se vê dos artt. 1087.º e seguintes que vieram regular o art. 31.º do codigo civil onde se dispõe que «as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros e portuguezes, podem ser executadas perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescriptos no codigo de processo». O codigo de processo civil não se limitou, porém, ao preceito do codigo civil que só

abrange as sentenças proferidas entre estrangeiros e portuguezes, mas generalizou-o ás sentenças em que os litigantes fossem ambos estrangeiros ou portuguezes.

Da analyse dos artt. 21.º, § 4.º, n.º 2, 39.º, n.º 6, 805.º, 1049.º, 1087.º, 1088.º, 1089.º, 1090.º e 1091.º do codigo de processo civil vê-se que a lei portugueza limita a funcção de juiz revisorio ao exame da regularidade formal e internacional das sentenças estrangeiras como preliminar da sua execução no pais e porisso coordena effizantemente os interesses do Estado com as exigencias da communitade internacional.

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 pais estrangeiro sem necessidade de *exequatur*, pela razão de que similhantes sentenças, applicando e concretizando a lei pessoal, participam do character desta lei, que acompanha o individuo em todos os paises.

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).

E' 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, á execução de bens ou exercer coacção sobre pessoas. A isenção de *exequatur* apenas se refere á determinação do estado e da capacidade ou incapacidade que dahi deriva.

As nossas leis parecem harmonizar-se com a doutrina que deixamos referida, pois alguns dos textos que versam o assumpto parecem approximar a idêa de *revisão* da idêa de *execução*, dizendo, por exemplo, o art. 31.º do codigo civil que as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros *podem ser executadas* perante os tribunaes portugêses, nos termos prescriptos no codigo de processo, e o art. 1087.º do codigo do processo civil que as sentenças a que se refere o art. 31.º do codigo civil não serão exequiveis no territorio da republica 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 juridica patrimonial e pos-

sam servir de base a uma execução, ficando della isentas as sentenças que não tenham esse caracter, e portanto as que apenas modificam o estado ou capacidade das pessoas.

Comtudo, porque o referido artigo do codigo civil falla 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 codigo do processo civil declara que as sentenças sobre direitos civis só são exequiveis quando revistas e confirmadas, porque o art. 39.º, n.º 6 do mesmo codigo rambem 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, o regulamento do registo predial, art. 120.º, § 3.º, e o codigo do registo civil, artt. 243.º e 244.º determinam que as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros só são admissiveis a registo depois de revistas nos termos do codigo do processo civil, o que mostra nas nossas leis a idéa de que a revisão é destinada não só á execução, mas ainda necessaria á conservação de direitos, somos levados a crer que as expressões *podem ser executadas*, do codigo civil, e *serão exequiveis*, do codigo do processo civil, significam que as sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros *produzem efeitos* em Portugal depois de revistas e confirmadas.

Como já por varias vezes verbalmente declaramos aos nossos condiscipulos, estes Apontamentos são da nossa exclusiva responsabilidade, o que aqui consignamos mais uma vez para que não possa levantar-se qualquer duvida a este respeito. O illustre professor, cujas prelecções procuramos interpretar o mais fielmente possivel, copiando até muitas vezes textualmente assumptos das suas obras sobre direito internacional, não nos auctorizou nem directa nem indirectamente a sua publicação.

Augusto Baptista

Arthur Rebello

INDICE

CAPITULO I

Noções preliminares

§ 1.º

Conceito do direito internacional

SUMMARIO: — 1. Formação de relações internacionais de caracter privado: a) Relação nacional e relação internacional; b) Causas das relações internacionais de caracter privado: α) emigração e immigração; β) trocas internacionais; c) Formas das relações juridicas internacionais.

2. Genese do direito internacional privado. 3. Character geral e conceito do direito internacional privado Pag. 3 - 11.

Objecto do direito internacional privado

SUMMARIO: — 4. Condição dos estrangeiros. 5. Conflictos de leis: *a)* Leis civis; leis commerciaes; leis de competencia e processo; *b)* Conflictos entre leis de Estados autonomo; conflicts entre leis de Estados que vivem politicamente associados; conflicts entre provincias dum Estado unitario. 6. Reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Pag. 11-19

§ 3.º

Fontes do direito internacional privado

SUMMARIO: — 8. Conceito. 9. Costume internacional. *a)* Noção; *b)* Elementos da constituição: *a)* pratica de actos similhantes; *β)* reciprocidade; *δ)* vontade identica; *c)* Função; *d)* Força obrigatoria. 10. Tratado: *a)* Conceito de tratado; *b)* Classificação: I) Tratado contracto; II) Tratado normativo ou tratado accordo: *a)* regulador dos direitos ou interesses dos Estados; *β)* declarador do direito internacional; *c)* Comeco e duração da força obrigatoria dos tratados. 11. Leis internas: 1.º Leis previstas em tratados dum modo imperativo; 2.º Leis simplesmente previstas em tratados; 3.º Leis de pura iniciativa dos Estados. 12. Fontes do direito internacional

português: a) Costume internacional; b) Tratados;
c) Leis internas Pag. 29-46.

§ 4.º

Natureza das normas reguladoras
das relações internacionaes
de caracter privado

SUMMARIO: — 13. Theoria da cortesia internacional; 14. Theoria da juridicidade: a) Escola nacionalista; b) Escola internacionalista. 15. Leis internas: 1.º Leis previstas imperativamente em tratados; 2.º Leis previstas em tratados de conteúdo da livre iniciativa dos Estados. 3.º Leis de pura iniciativa dos Estados; a) forma; b) conteúdo; c) destino; d) função do Estado. 16. Consequencias praticas Pag. 47-60.

§ 5.º

Unificação e codificação do direito
internacional privado

SUMMARIO: — 17. Considerações geraes. 18. Movimento de uniformização: a) Tentativas europeias desde 1851 até 1874; b) Iniciativa americana desde 1875 até 1878; c) Tentativas europeias desde 1874 até 1891. 19. Resultados: a) America; b) Europa. 20. Tendencias. Pag. 61-82.

LIVRO I

REGIMEN JURIDICO INTERNACIONAL
DA CONSTITUIÇÃO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAES
DE CARACTER PRIVADO

CAPITULO I

Condição dos estrangeiros

SECÇÃO I

PESSOAS SINGULARES

§ 1.º

Nacionaes e estrangeiros

SUMMARIO: — 21. Noção e importancia da nacionalidade em direito internacional privado. 22. Criterios de attribuição da nacionalidade: a) Nascimento; b) Casamento; c) Naturalização; d) Outras causas. 23. Perda da qualidade de cidadão: a) Naturalização; b) Casamento; c) Outras causas. 24. Readquisição da qualidade de cidadão. 25. Conflictos de leis sobre a nacionalidade: positivo e negativo. 26. Resolução dos conflictos: a) Criterios; b) Caracter das leis attributivas da nacionalidade; c) Resolução . . . Pag. 83-106.

Direitos dos estrangeiros

SUMMARIO: — 27. Classificação dos direitos individuaes. 28. Direitos do cidadão originario e do cidadão por naturalização. 29. Condição dos estrangeiros na evolução juridica. 30. Estado actual desta evolução. 31. Conteúdo e alcance do principio do reconhecimento da personalidade juridica do estrangeiro: A) Um minimo de direitos: I) Direitos publicos: 1.º) direito de personalidade; 2.º) direito de comunicação internacional; 3.º) direito de entrar, residir e circular no pais; 4.º) direito de trabalho, commercio e industria; 5.º) liberdade de pensamento; 6.º) liberdade de consciencia e culto; 7.º) liberdade de aprender e frequentar as escolas; 8.º) liberdade de associação; 9.º) inviolabilidade; 10.º) direito de acção; 11.º) direito á assistencia publica; 12.º) direito de petição; II) Direitos privados: 1.º) direito de constituir familia; 2.º) direito de adquirir, fruir e transmittir a propriedade: a) Systema de reciprocidade; b) Systema de egualdade. B) Limite maximo de direitos. 32. Direitos dos estrangeiros em Portugal: I) Direitos publicos: 1.º) direito de personalidade; 2.º) direito de comunicação internacional; 3.º) direito de entrar, residir e circular no pais; 4.º) liberdade de trabalho, commercio e industria; 5.º) liberdade de expressão do pensamento; 6.º) liberdade de consciencia.

cia e culto; 7.º) liberdade de ensinar e aprender;
8.º) liberdade de associação; 9.º) direito á assistência publica; 10.º) inviolabilidade da pessoa, dos bens e do domicilio; 11.º) direito de acção; 12.º) direito de petição; II) Direitos privados: a) Regra geral: egualdade; b) Limitações: 1.º) incapacidades; 2.º) egualdade condicionada; III) Limites. 33. Estrangeiros privilegiados: a) Classes de privilegios: 1.º) convencionaes; 2.º) legaes; 3.º) funcionaes, a) inviolabilidade; b) exterritorialidade; b) Inviolabilidade: 1.º) chefes de Estado; 2.º) agentes diplomaticos; 3.º) consules; c) Exteritorialidade: 1.º) chefes de Estado; 2.º) agentes diplomaticos; 3.º) consules. 34. Operarios estrangeiros: I Regulamentação internacional do trabalho; II Situação juridica do operario estrangeiro. 35. Operarios estrangeiros em Portugal. 36. Condição dos estrangeiros nos Estados de capitulações. 37. Condição dos individuos sem nacionalidade e dos que têm mais que uma nacionalidade: a) Heimathlosen; b) Duas nacionalidades Pag. 107 201.

SECÇÃO II

PESSOAS COLLECTIVAS

SUMMARIO: — 38. Problema do reconhecimento internacional das pessoas collectivas. a) Systemas: 1.º) Systema do reconhecimento com autorização; 2.º) Systema do reconhecimento

sem autorização. 39. Classificação das pessoas collectivas. 40. Nacionalidade das pessoas collectivas: a) *Systhema* português acerca da nacionalidade das sociedades commerciaes. 41. Reconhecimento das pessoas collectivas estrangeiras. 42. Capacidade das pessoas collectivas estrangeiras. 43. Pessoas collectivas internacionaes: a) Igreja catholica; b) Uniões internacionaes administrativas; c) Sociedades internacionaes de individuos Pag. 202-236.

SECÇÃO III

PROTECCAO DOS EXTRANGEIROS

SUMMARIO: — 44. Presupposto e forma de protecção. 45. Condição de legitimidade e manifestação da protecção reparadora. 46. Meios de protecção: a) Meios pacíficos; b) Meios violentos ou coercivos. Pag. 237-252.

CAPITULO II

Lei competente para regular a constituição das relações juridicas em geral

(Conflictio de leis)

SECÇÃO I

FUNDAMENTOS DOCTRINAES

§ 1.º

Noção e causa dos conflictos de leis

SUMMARIO: — 47. Noção do conflicto; *a*) Conflicto vulgar; *b*) Conflicto de leis de direito internacional privado (conflicto de devolução); *c*) Conflicto de qualificação. 48. Presupostos dos conflictos: *a*) Diversidade de leis nos diferentes países; *b*) Reconhecimento da capacidade juridica dos estrangeiros; *c*) Reconhecimento e applicação de leis estrangeiras. 49. Causas da connexão da relação juridica com diferentes leis; *a*) Sujeito da relação juridica: 1.º) nacionalidade; 2.º) domicilio; 3.º) vontade; *b*) Objecto da relação juridica: 1.º) situação do objecto; 2.º) qualificação do objecto; *c*) Facto juridico: 1.º) fórmãs; 2.º) manifestação da vontade; *d*) Garantia. Pag. 253-265.

§ 2.º

Theoria dos estatutos

SUMMARIO: — 50. Noção. 51. Escolas estatutarias. 52. Escola italiana; *a*) Meio historico. *b*) Meio scientifico; *c*) Forma; *d*) Methodo; *e*) Princípio fundamental. 53. Escola francêsa: *a*) Meio historico; *b*) Base. 54. Escola hollandêsa: *a*) Meio historico; *b*) Princípio fundamental; *c*) Estatutos exterritoriaes por motivos de cortesia internacional; *d*) Classificação dos estatutos. 55. Escola francêsa do seculo

XVIII. 56. Apreciação geral da theoria dos estatutos. 57. Resultados praticos . Pag. 266-296.

§ 3.º

Doutrinas da communidade de direito

SUMMARIO: — 58. Orientação geral das doutrinas da renovação. 59. Theorias allemãs: a) *Systema de Waechter*; b) *Systema de Schaeffner*; c) *Systema de Savigny*. 60. Escola italiana: a) Bases doutrinaes; b) Principios organicos; c) O seu valor. 61. *Systema de Antoine Pillet*: a) Caracteres; b) Alcance; c) Bases. Pag. 296-325.

§ 4.º

Doutrina anglo americana

SUMMARIO: — 62. Caracteres: a) Separação das doutrinas continentaes; b) Assimilação do *systema estatutario hollandês*. 63. Tendencias. Pag. 326-332.

Nota — (theoria dos conflictos de leis em Portugal) Pag. 332-336.

§ 5.º

Linhas geraes duma doutrina positiva para a resolução dos conflictos de leis

SUMMARIO: — 64. Critica geral das doutrinas continentaes: a) Razões da sua orientação.

65. Tendencia positiva e critica. 66. Critica geral da doutrina anglo-americana. 67. Valor dos systemas doutrinaes na elaboração do direito positivo. 68. Analyse dos textos de direito internacional privado. 69. Resultados da analyse: I Principio da communiidade de direito; II Connexão das relações juridicas com determinadas leis: a) leis pessoaes; b) leis suppletivas; c) leis de forma; d) leis territoriaes; III Principio que preside á connexão da relação juridica com determinadas leis; IV Efficacia e valor dos actos praticados em harmonia ou contra a lei competente. Pag. 337-357

§ 6.º

Lei pessoal

SUMMARIO: — 70. Caracteres da lei pessoal: exterritorialidade e applicação permanente. 71. Formulas da lei pessoal: lei do domicilio e lei nacional. 72. Determinação da lei pessoal. 73. Doutrina argentina. 74. Systemas de conciliação: a) Systema de Asser; b) Systemas de Meili. Applicação da lei do domicilio como lei subsidia-ria: a) Na falta de nacionalidade; b) Na hypothese de duas nacionalidades; c) No caso de divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica. 76. Mudança da nacionalidade. 77. Esphe-
ra de applicação da lei pessoal: a) Criterio geral; b) Concretização; c) Direito portuguez. 78. Conflictio de leis pessoaes: a) Noção; b) Criterio

geral para a sua resolução. 79 Lei pessoal das
pessoas collectivas. Pag. 367-406.

§ 7.º

Leis de garantia social ou de ordem publica

SUMMARIO: — 80. Noção e caracteres. 81.
Critério diferenciador das leis de garantia social.
82. Tendencia para a especificação das leis de in-
teresse e ordem publica. 83. Esphera de acção
das leis de ordem publica: 1.º) Leis politicas e
administrativas; 2.º) Leis de policia e de seguran-
ça — leis penaes; 3.º) Leis de competencia e pro-
cesso; 4.º) Leis relativas á organização da pro-
priedade; 5.º) Leis fiscaes; 6.º) Leis moraes; 7.º)
Leis de credito; 8.º) Leis economicas necessarias;
9.º) Leis de ordem. 84. Qualidades das leis de
ordem publica. 85. Competencia das leis de
interesse e ordem publica. 87. Direito portu-
guês. Pag. 406-433.

§ 8.º

Leis de forma

SUMMARIO: — 88. Principio geral — *Locūs
regit actum*. 89. Fundamento do principio. 90.
Extensão do principio quanto ás formalidades que
abrange. 91. Extensão do principio quanto
aos actos que abrange. 92. Caracter do prin-
cipio. 93. Valor do principio. 94. Direito por-
tuguês. Pag. 433-452.

Leis suppletivas

SUMMARIO: — 95. Noção de leis suppletivas no direito interno. Principio que domina a sua applicação — autonomia da vontade. 96. O principio da autonomia da vontade em direito internacional privado; 97. Systema de Savigny. 98. Escola italiana. 99. Exaggero do principio e reacção contra este exaggero. 100. Direito português Pag. 452-460.

SECÇÃO II

REGIMEN JURIDICO INTERNACIONAL DOS ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURIDICA

Sujeito da relação jurídica

SUMMARIO: — 101. Noção e elementos da relação jurídica. 102. Existencia da personalidade jurídica. 103. Começo da personalidade. 104. Protecção dos nascituros. 105. Estado e capacidade das pessoas. 106. Capacidade de ter direitos e capacidade de exercer direitos. 107. Capacidade civil geral e capacidade para praticar determinados actos ou ser sujeito de determinados direitos. 108. Limitações ao principio. 109. Capacidade para ser responsavel pela pratica de factos illicitos. 110. Incapacidades. 111. Nome das

persons. 112. Termo da personalidade: a) Morte natural; b) Morte civil; c) Morte presumida. 113. Lei reguladora do domicílio. 114. Regimen dos actos do estado civil. Pag. 461-491

§ 2.º

Objecto da relação jurídica.

SUMMARIO: — 115. Principio geral. 116. Obrigações: 1.º) Obrigações convencionaes; 2.º) Obrigações não convencionaes. 117. Direitos reaes. 118. Relações de familia. 119. Successões. 120. Regimen do patrimonio. Pag. 491-502.

§ 3.º

Facto jurídico

SUMMARIO: — 121. Noção. 122. Classificação. 123. Acto jurídico: a) Validade intrinseca; b) Validade extrinseca; c) Effeitos. 124. Factos illicitos. 125. Contigencias previstas pela lei Pag. 502-519.

§ 4.º

Garantia da relação jurídica

SUMMARIO: — 126. Legitima defesa. 127. Acção judiciaria: principio geral. 128. Direito de acção relativamente aos estrangeiros. 129. Competencia dos tribunaes relativamente aos extran-

geiros nos Estados que faz n parte da communi-
dade internacional. 130. Obrigações. 131. Direi-
tos reaes. 132. Estado das pessoas e relações
de familia. 133. Successões. 134. Pessoas colle-
ctivas estrangeiras. 135. Competencia electiva e
lide pendente. 136. Personalidade da jurisdicção
nos países de capitulação: a) Jurisdicção civil e
commercial; b) Jurisdicção criminal; 137. Justi-
ça consular portugüesa. 138 Regimen da acção
judiciaria. 139. Cartas rogatorias. 140. O
julgamento e a applicação do direito extran-
geiro Pag. 519-563.

SECÇÃO III

CONFLICTO DE LEIS

DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

SUMMARIO: — 141. Causa determinante do
conflicto. 142. A resolução do conflicto: theoria
tradicional e theoria da devolução. 143. A theo-
ria da devolução perante o direito portu-
guês Pag 563-581.

CAPITULO III

Reconhecimento internacional dos direitos adquiridos

SUMMARIO: — 144. Principio geral. 145.
Sua acceitação pelo direito portugües. 146. Li-
mitações ao principio. 147. Sentenças extran-
geiras Pag. 582-592.

D. Villela

1/2 cam.

