

# DOCTRINA

---

---

## O MÉTODO CONFLITUAL EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E AS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

A. FERRER CORREIA

1. Proponho-me versar hoje aqui o problema dos métodos em direito internacional privado (DIP).

Como todos sabemos, o direito internacional privado tem por objecto prover por modo adequado à regulamentação das situações da vida jurídica internacional, tarefa de que tradicionalmente ele se desempenha por via indirecta, isto é, designando o sistema de direito ao qual deverá ser pedida a regra material aplicável ao caso concreto. Não lhe pertence indicar directamente a regra que haja de dirimir o litígio, mas apenas determinar a lei a que a norma aplicável deverá ser pedida.

Assim, o problema do DIP é um problema de escolha de lei. Para o resolver terá de recorrer-se às normas de conflitos, normas cuja função e objecto consistem em conectar as situações da vida jurídica internacional (situações plurilocalizadas) com a lei melhor colocada para intervir em cada caso, quer em razão da localização dos factos, quer em virtude da relação que mantém com os sujeitos a quem estes respeitam. Para atingir o seu objectivo, a regra de conflitos vale-se de um expediente que consiste em escolher, para cada sector normativo ou para cada questão ou tipo de questões jurídicas, o mais adequado ou significativo de entre os elementos de conexão das situações multinacionais, isto é, daqueles elementos que justamente as fazem entrar em contacto com diferentes sistemas de direito. Do que se trata, em suma, é de determinar a lei mais adequada para reger as várias matérias ou sectores normativos (as obrigações *ex contractu*, a responsabilidade *ex delicto*, a forma dos negócios jurídicos, o ca-

samento e as relações conjugais, o testamento e em geral as sucessões *causa mortis*). Todavia, essa maior adequação da lei não dependerá do seu conteúdo, da razoabilidade ou justiça dos seus preceitos, mas tão-só da sua posição espacial relativamente à situação a regular. Nesta óptica, a *proper law* não é forçosamente aquela que nos encaminhe no caso concreto para a solução mais justa (em termos de justiça material), mas antes aquela com a qual a situação de facto apresente a conexão mais estreita ou mais significativa, tendo em conta os fins gerais do direito internacional privado e os valores ou os interesses que primacialmente relevem no sector normativo em causa.

Tal a função do elemento de conexão, tal o critério que nos há-de orientar, conforme os casos, na escolha da conexão relevante.

Aí estão, em rápida síntese, algumas das idéias fundamentais do direito internacional privado clássico. Elas constituem a sua quinta essência — e prevaleceram quase sem oposição até uma época ainda recente.

2. Mas nos últimos tempos a referida concepção tem sido severamente criticada e posta em causa. As críticas visam a própria legitimidade do método tradicionalmente utilizado para atingir o principal objectivo do direito internacional privado, ou seja, para resolver do melhor modo o problema da regulamentação das situações da vida jurídica internacional.

Começa por que determinar para cada uma dessas situações, encarada segundo certo ângulo ou ponto de vista (o da questão jurídica a dirimir), o sistema de direito de que depende, constitui empresa muitas vezes extremamente difícil, quando não impossível. É que em numerosos casos as relações a regular são absolutamente internacionais, no sentido de que se encontram conectadas com diferentes legislações, sem que se possa dizer com rigor qual seja a conexão mais estreita ou mais significativa: nenhuma delas se reveste de força bastante para afastar as demais.

Por outra parte, observa-se, o processo conflitual — escolha de uma das leis em competição pelo sistema indicado — não teria minimamente em conta a especificidade das relações do comércio jurídico internacional. Com efeito, as normas de direito interno têm unicamente em vista as relações da vida jurídica interna: não são sensíveis aos interesses que se jogam nas relações da vida internacional, cujos problemas específicos ignoram completamente. Existe um desajustamento claro entre o método tradi-

cional da conexão e a natureza sócio-jurídica da matéria do direito internacional privado.

Acresce que o referido processo, operando com normas (as normas de conflitos) que de todo abstraem do conteúdo material dos preceitos para que remetem, faz do direito internacional privado um sistema puramente formal, cego para os autênticos valores do direito.

Além disso, aquele método coloca-nos na sua actuação perante as maiores dificuldades.

Há que reconhecer, antes de tudo, que o princípio básico do sistema — a própria idéia da conexão mais estreita ou mais significativa (assim como as suas homólogas da “sede” ou do “centro de gravidade” das relações jurídicas) — não tem mais do que um valor heurístico. Sem dúvida, é para a determinação desse factor de conexão *óptimo* que nos deveremos dirigir: mas por que caminhos? A que tipos de raciocínio recorrer para atribuir a cada situação jurídica a localização espacial mais adequada, à luz da natureza da questão de direito tida em vista? E é seguramente aí que reside o verdadeiro problema.

Admitamos que o caminho certo esteja na consideração dos fins gerais do direito internacional privado e dos valores que lhe cabe servir. No entanto, força é que previamente se definam esses valores e essas finalidades; e é provavelmente no grave desacordo ainda hoje reinante quanto a tais matérias que têm origem, na sua maior parte, as divergências existentes entre os sistemas nacionais de direito internacional privado.

A tudo isto vêm somar-se as dificuldades que se suscitam nos momentos da interpretação e da aplicação da regra de conflitos. Qualificação, reenvio, questão prévia, adaptação, ordem pública — são outros tantos obstáculos (para só mencionar alguns) que muitas vezes se levantam no caminho a percorrer para chegar à solução do conflito de leis.

Daqui resulta um estado de coisas que compromete gravemente a previsibilidade das decisões judiciais e a estabilidade da vida jurídica. Numerosos são os casos em que aos interessados será extremamente difícil, se não impossível, conhecer a lei à qual a sua relação ficará sujeita. O mesmo é dizer que o direito internacional privado, tal como o entende a doutrina tradicional — isto é, o direito internacional concebido como um sistema de normas versando sobre a aplicação de outras normas, logo, como um sistema de segundo grau — se não encontra em situação de poder desempenhar-se da função que lhe incumbe e atingir os objectivos que se propõe, entre os quais se reveste da maior im-

portância precisamente o assegurar continuidade e estabilidade às situações jurídicas internacionais.

3. O movimento contestatório sucintamente exposto partilha-se em diversas tendências ou correntes. Uma delas advoga a intervenção, no campo do direito internacional privado, aliás em termos muito variáveis, dos princípios e critérios da justiça material: é a tendência *substancialista*.

A.1. A tendência substancialista apresenta-se sob várias formas.

A primeira modalidade caracteriza-se por atribuir certa importância à pesquisa de soluções materiais *ad hoc*, isto é, de soluções ajustadas às circunstâncias particulares das diferentes situações concretas.

a) Esta idéia nunca foi arvorada em directiva geral para resolução dos conflitos de leis, mas não deixou de fazer freqüentes aparições na teoria do direito internacional privado. Foi Jitta<sup>1</sup> quem pela primeira vez preconizou o abandono em certos casos do sistema de escolha da lei aplicável pelo processo tradicional. Quando uma relação jurídica sai da esfera do direito privado nacional sem todavia se situar na de um direito estrangeiro determinado (relação absolutamente internacional), a solução do problema estará por vezes na escolha de uma das leis em conflito, outras vezes na aplicação ao caso de uma regra especial, a definir pelo legislador ou a criar pelo juiz.

b) Volvido cerca de meio século, precisamente em 1937, uma idéia semelhante viria a ser aventada por outro jurista holandês, Hijmans.<sup>2</sup> Acontece com freqüência — observa o A. — serem as diversas conexões de uma situação jurídica concreta de valor quase idêntico, pelo que será possível defender aí a aplicação de qualquer das leis em conflito: com efeito, nenhuma razão decisiva poderá invocar-se para justificar a preferência por uma delas. Em tais condições, o método a observar consistirá, ou em procurar a decisão que melhor se inspire nos preceitos concretos dos sistemas jurídicos em presença, ou em pesquisá-la na própria relação da vida em questão. É que “a realidade internacional, como de resto também a nacional, contém em si mesma a sua própria regulamentação jurídica”; aliás, o método da conexão ou da localização das relações não é senão uma via para a descoberta

---

<sup>1</sup> La méthode du DIP, La Haye, 1890.

<sup>2</sup> *Algemeene problemen van international privaatrecht*, in *Internationales Privatrecht* (Darmstadt, 1974), uma antologia de textos históricos organizada por PAOLO PICONE e WILHELM WENGLER.

dessa regulamentação que está imanente em toda a situação da vida, e que nós devemos procurar por outros caminhos quando aquele nos não levar ao resultado pretendido.

c) A idéia das soluções materiais casuísticas foi retomada nos anos cinquentas, em certos termos, por um autor alemão, STEINDORFF<sup>1</sup> e relançada ultimamente por um jurista norte-americano, ARTHUR VON MEHREN.<sup>2</sup>

VON MEHREN sugere como via para a resolução de um verdadeiro conflito de leis (*true conflict of laws*)<sup>3</sup> o reconhecimento dos pontos de vista de todas as ordens jurídicas que tenham um interesse legítimo em controlar a situação multinacional *sub judice*.

Tomemos como exemplo o caso *Neumeier v. Kuehner*, julgado em 1972 por um tribunal novaiorquino. Tratava-se de um processo originado num acidente de viação, em que perdera a vida o passageiro transportado graciosamente (um canadiano do Ontário). O transportador era um novaiorquino, e os sucessores do falecido intentaram contra ele uma acção de responsabilidade civil. O tribunal, fundando-se na lei do Ontário — lei do lugar do acidente —, que efectivamente não concede em regra protecção alguma, em caso de acidente, aos passageiros transportados por cortesia, benevolência ou favor, julgou a acção improcedente.

VON MEHREN veio obtemperar que um tribunal do Ontário teria justamente feito aplicação, no mesmo caso, do direito novaiorquino, por não considerar a “policy” subjacente à “guest-passenger-law” em vigor no seu país<sup>4-5</sup> razão suficiente para relegar para segundo plano os interesses da “justa compensação” e da “prevenção geral”, que ambos pleiteavam em favor dos demandantes. Sendo este um caso de verdadeiro conflito (conflito negativo) — já que Nova Iorque aplicou o direito canadiano,

---

<sup>1</sup> *Sachnormen im IPR* (Frankfurt am Main, 1958).

<sup>2</sup> *Special substantive rules for multistate problems*, Harvard Law Rev. 88, n.º 2, 1974, pág. 347 e segs.

<sup>3</sup> Trata-se daquele conflito em que cada uma das jurisdições interessadas considera aplicável ou a sua própria regra material, ou a da outra.

<sup>4</sup> Trata-se da regra segundo a qual o transportador, na hipótese de um transporte gratuito, não responde senão excepcionalmente pelos danos causados à pessoa transportada; cf., sobre o caso referido no texto, o meu livro *Direito Internacional Privado — Alguns problemas* (Coimbra, 1981), n.º 32.

<sup>5</sup> Como informamos no livro citado na nota anterior (págs. 66-67 e 94), a *guest-passenger-law* visa um duplo objectivo: primeiro, evitar conluíus entre o agente e a vítima do dano em detrimento da companhia seguradora (e, em última análise, da colectividade); depois, desencorajar e frenar a ganância das pessoas.

enquanto o Ontário teria provavelmente aplicado direito novaiorquino —, VON MEHREN recomendaria aqui uma solução de compromisso: o transportador deveria ser condenado a pagar uma indemnização equivalente a metade do valor dos prejuízos realmente causados.

Assim se chegaria a uma solução que, exactamente por decorrer da aceitação da perspectiva de uma e outra das leis em conflito, constituiria provavelmente um compromisso para ambas aceitável.

A conclusão levanta, porém, as maiores dúvidas. Se uma das leis em concorrência nega ao pedido de indemnização todo o fundamento — e isto não apenas para evitar conluios entre agente e vítima do dano, senão também porque reprova a atitude daquele que, tendo sido transportado por favor ou cortesia, vem agora reclamar perdas e danos do transportador —, não se vê como seja possível, encarando o problema do ponto de vista dessa lei, considerar aceitável a solução salomónica de V. MEHREN. A luz das razões em que a mesma lei se inspira — das quais uma delas, a segunda, colhe manifestamente nos casos do tipo *Neumeier v Kuehner* —, é a própria ideia da atribuição de uma indemnização qualquer ao transportado que merece rejeição: conceder-lhe uma compensação parcial não seria menos chocante do que compensá-lo por inteiro.

d) Por outra via, é ocioso sublinhar quanto a referida tendência para a adopção de soluções materiais *ad hoc* atentaria contra a previsibilidade das decisões judiciais e a harmonia jurídica internacional. Ao fim e ao cabo, o valor da certeza do direito — que não releva menos no domínio das relações internacionais do que no plano das relações internas — é que seria gravemente posto em causa por esse modo.

A.2. Outros autores, dos quais cumpre salientar CAVERS, LEFLAR e o próprio VON MEHREN, preconizam a aplicação ao caso concreto daquela de entre as leis em concorrência que a ele proveja da maneira mais adequada ou mais justa. Trata-se da tendência que corre com o nome de *better law approach*.

a) Foi DAVID CAVERS quem primeiro advogou a tese da *best rule*.

No célebre estudo publicado em 1933 na “Harvard Law Review”<sup>1</sup> — hoje um clássico — CAVERS insurge-se vivamente contra a concepção tradicional. Desde logo, o problema do direito inter-

---

<sup>1</sup> A critique of the Choice-of-Law Problem, 47 Harvard Law Rev. 193 (1933).

nacional privado não deve ser entendido como um problema de escolha entre vários sistemas de direito, mas entre preceitos jurídico-materiais. A questão da preferência por um deles deverá resolver-se atendendo ao conteúdo e fins dos mesmos preceitos. Na pesquisa da conexão decisiva, deverá o juiz guiar-se por duas ideias: a de que importa fazer justiça às partes em litígio, por um lado, por outro, a de que lhe incumbe ajudar à realização dos objectivos de política legislativa visados pelas normas em concurso.

b) Como estas ideias fossem sobremodo vagas e o método proposto não pudesse deixar de conduzir a um extremo casuismo, CAVERS vem a inflectir mais tarde, já na década de 60, o seu pensamento, propondo alguns critérios complementares que possam orientar o juiz na sua tarefa. Trata-se, porém, de simples critérios ou razões de preferência (“principles of preference”), que não de verdadeiras regras jurídicas.

Deixando de lado este ponto, de resto bem duvidoso, a verdade é que a doutrina de CAVERS mesmo na sua forma actual não deixa de suscitar graves objecções.

Ainda que fosse possível, e seguramente não é, prever todos os tipos de conflitos entre preceitos materiais susceptíveis de se verificar, seria empresa vã tentar definir para cada um desses tipos, com base no conteúdo e fins das normas em concurso, um válido critério de opção ou uma decisiva razão de preferência por uma delas. Tanto mais porquanto, como o próprio Autor adverte, esses critérios ou princípios deveriam ser susceptíveis de aceitação universal — deveriam ser de molde a poderem constituir-se num corpo comum a todas as nações. Certo, poderá admitir-se que no âmbito das relações entre pais e filhos (sobretudo quando esteja em causa o estabelecimento da filiação ou o direito a alimentos) se deva sempre eleger, em razão de considerações de carácter humanitário e social, a norma que em concreto se revele mais favorável ao filho. Como poderá admitir-se outrossim que em caso de concurso entre preceitos divergentes relativos à validade de um negócio jurídico, se deva, *em principio*, optar por aquele em face do qual o acto seja válido e eficaz. Mas poderá discorrer-se porventura em termos paralelos para o problema da admissibilidade do divórcio? Acaso a preferência sistemática pela lei mais favorável à dissolução do casamento teria aptidão para se converter em regra de aceitação universal? Cremos bem que não: essa preferência sistemática teria escassas probabilidades de ser acolhida nos Estados que no seu direito interno se mostram menos abertos ao divórcio. E suponhamos agora — passando à

matéria das sucessões por morte — que surge um conflito quanto à vocação hereditária entre o Estado e certos parentes do *de cuius*: como resolver esse conflito? Como encontrar aqui uma regra que seja susceptível de universalização? Pois não sabemos nós que o problema posto está ligado à constituição política, social e económica dos diversos Estados?

c) LEFLAR<sup>1</sup> et VON MEHREN pertencem também ao número dos adeptos da doutrina da *best rule*.

Nem um nem outro refutam propriamente o método conflitual ou da localização das relações jurídicas. LEFLAR limita-se a observar que o juiz deve ter sempre em conta o conteúdo do direito aplicável e o resultado concreto a que levaria a sua aplicação. De resto, seria surpreendente (diz o Autor) que, devendo optar entre as leis anacrónicas de um Estado e as leis modernas, práticas e realistas de um outro, o tribunal se não decidisse por estas últimas.

Parece, assim, que o único critério geral avançado por LEFLAR na matéria é o da superioridade da lei sob o ponto de vista da sua melhor adequação sócio-económica aos tempos em que a decisão vai ser pronunciada: um critério de aplicação difícil e fatalmente limitada, pois é óbvio que nem sempre o conflito reveste a forma de uma oposição entre normas obsoletas e regimes largamente progressistas e adaptados às circunstâncias da época actual.

Quanto a VON MEHREN, supomos que este autor não nos traz ideias mais precisas, para além daquelas que já focámos ao tratar da primeira modalidade da tendência substancialista.

Em suma: a nossa inclinação não vai para a *better law approach*, tanto mais porquanto (a observação é de KEGEL)<sup>2</sup> a melhor lei, encaradas as coisas sob o ponto de vista da disciplina que institui, nem sempre será a que melhor convém à situação concreta, atenta a sua natureza de relação plurilocalizada: olhadas as expectativas das partes e em geral dos interessados — e considerados os outros fins que o direito internacional privado colima.

### A.3. *Direito Internacional Privado Material.*

Outra solução se nos oferece para o problema da regulamentação das relações privadas internacionais. Consiste ela na cria-

---

<sup>1</sup> *Choice Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 New York University Law Review 1966, págs. 300-302.

<sup>2</sup> *The Crisis of Conflict of Law*, Rec. des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye 112 (1964, II), pág. 184.

ção de normas de direito material ajustadas às características de tais relações (direito material *especial*); e assim se desarmariam algumas das mais sugestivas críticas que têm sido formuladas contra o método tradicional.

É um facto incontestável que a criação de regras de direito internacional privado material tem assumido uma importância sempre crescente; de resto, pode assinalar-se-lhe como precedente, na história do direito, o *jus gentium* dos romanos, que outra coisa não era senão um corpo de regras materiais aplicáveis às relações dos cidadãos romanos com os peregrinos.

Em rigor, o novo método, para se apresentar em termos de solução alternativa ao método conflitual, deveria caracterizar-se pela renúncia ao emprego de normas de conflitos; em breve, porém, veremos que assim não é — antes o domínio de aplicação desse direito material é traçado mediante recurso ao processo tradicional da localização das situações jurídicas ou da conexão. Só excepcionalmente as coisas se oferecem de modo distinto. E essa é, fora de dúvida, a atitude correcta, como demonstraremos. Vejamos agora como podem originar-se os referidos preceitos materiais especiais.

### 3.1. *Direito internacional privado material consuetudinário.*

Desde logo, esse direito material aplicável a um grupo de situações jurídicas internacionais pode ter origem consuetudinária.

Um exemplo: Suponha-se que para a determinação do regime de bens no casamento prevalecem, em determinada comunidade estrangeira (chinesa) há longo tempo radicada no país A (Birmânia), normas que foram sendo criadas pelos usos e costumes de vida dessa comunidade e que a dada altura passaram a ser reconhecidas como direito pelos respectivos destinatários. É natural que tais normas façam parte integrante do próprio ordenamento jurídico do país em questão (Birmânia). Mas ainda que assim não seja, parece que os tribunais de um terceiro Estado não deverão ter dúvida em averiguar do regime de bens de dois cônjuges membros da referida comunidade segundo as citadas regras; isto a despeito de aquela comunidade não constituir um Estado e de as aludidas regras não serem, por isso, aplicáveis como direito nacional dos interessados (se o são ou não como parte integrante da *lex domicilii*, constituindo nela um *jus speciale*, depende, como é óbvio, da atitude assumida perante o fenómeno pelo próprio Estado birmanês).

O exemplo é dado por WENGLER,<sup>1</sup> assim como estoutro: no país A vão-se desenhando, para a concorrência entre empresários nacionais nos mercados externos, regras mais liberais do que as que disciplinam essa mesma concorrência quando ela se desenvolve no mercado interno. A partir de certo momento, será inevitável a tendência para os juizes do Estado A aplicarem tais normas às relações de concorrência entre comerciantes nacionais, constituídas num mercado externo. E não se vê razão para os tribunais de um terceiro Estado não adoptarem idêntica atitude — pelo menos na hipótese de as regras de conflitos em vigor nesse Estado designarem como aplicável a lei de A.

Mas o caso mais importante da figura de que tratamos — o DIP material de origem consuetudinária — é decerto o daquele “direito”, por alguns chamado “espontâneo”, pelo qual tendem a reger-se, em crescendo impressionante, as transacções internacionais. Direito (se de verdadeiro direito se trata, o que é bem duvidoso) em que entram à mistura os usos do comércio internacional, os contratos-tipo (com especial relevo para os de organizações como, por exemplo, a “London Corn Trade Association”), as condições gerais de venda da CCI e do COMECON, a própria jurisprudência dos tribunais arbitrais. Enfim, trata-se daquele conjunto rico, todavia muito incompleto, de usos, de práticas, de regras de natureza corporativa, etc., para o qual certos autores cunharam a expressão de *lex mercatoria*.

Simplesmente, se a influência desse “direito espontâneo” na ordem dos factos é inegável, se os contratos comerciais internacionais em grande número se lhe referem e se as decisões dos tribunais arbitrais nele se baseiam a cada passo, os limites e termos da sua aceitação pelos tribunais dos Estados permanecem incertos.

### 3.2. *Direito internacional privado material de fonte jurisprudencial.*

Entre a multidão das normas do direito internacional privado material, algumas se nos deparam que devem a sua criação à jurisprudência.

Vejamos dois exemplos tomados da jurisprudência francesa.

a) Segundo o direito interno francês, ao Estado falece capacidade para celebrar acordos compromissórios (para se comprometer em árbitros). Todavia, a *Cour de Cassation* tem esta proi-

---

<sup>1</sup> WENGLER, *Internationales Privatrecht* I (1981), pág. 4.

bição por inaplicável aos contratos internacionais em que o Estado francês seja parte.<sup>1</sup> Tal orientação — que equivale à criação de uma regra material especial de direito internacional e cuja aplicação não desrespeita, aliás, a regra de conflitos da *lex fori* (na medida em que esta remeta a determinação da capacidade dos contraentes para a respectiva lei pessoal) — obedece claramente ao desígnio de não dificultar a celebração de contratos entre o Estado (francês) e empresários estrangeiros, livrando estes últimos do pesado “handicap” de terem de suportar a submissão dos litígios emergentes daqueles negócios ao julgamento dos próprios tribunais franceses.<sup>2</sup>

b) Citaremos agora a directiva que estabelece a autonomia do acordo compromissório em matéria de arbitragem internacional. Contrariamente à regra do respectivo direito interno, entendem os tribunais franceses<sup>3</sup> que o acordo funciona mesmo que eventualmente seja posta em causa a validade do contrato principal (em idêntico sentido, veja-se o regulamento da *Cour d'arbitrage* da CCI, art. 8.º, n.º 4). Solução esta que se baseia, evidentemente, no propósito de fomentar o recurso à arbitragem nos litígios internacionais e o desenvolvimento do comércio internacional.

### 3.3. *Direito internacional privado material de fonte legislativa.*

a) Como todos sabemos, existem, esparsas nas diferentes legislações nacionais, normas expressamente editadas para regular aspectos ou pontos concretos de determinadas situações de carácter internacional.

Estão neste caso, por exemplo, os arts. 51.º, n.º 2, e 2.223.º do Código Civil português. O primeiro exige que o casamento no estrangeiro de dois portugueses, ou de português e estrangeiro, seja precedido em qualquer caso — e, por conseguinte, tanto naquele em que o acto é celebrado perante agente diplomático ou consular do Estado português, ou perante ministro do culto católico, como naquelo outro em que é observada, conforme a regra de conflitos do art. 50.º, a forma prescrita na lei do país da celebração — do *processo de publicações* previsto no art. 1597.º. O segundo prescreve a observância de uma forma *solene* na feitura

---

<sup>1</sup> Arrêt Galakis, 1966.

<sup>2</sup> Julgamento cuja imparcialidade aos olhos dos interessados estrangeiros estaria comprometida de antemão.

<sup>3</sup> Arrêt Halisco, 1963 (Rev. crit. de DIP, 1964, pág. 128).

ou aprovação de testamento feito por cidadão português em país estrangeiro, sem o que o acto não produzirá efeitos em Portugal; deste modo, o art. 2223.º introduz um desvio à regra do art. 65.º, n.º 1 (desvio, aliás, previsto, em termos gerais, no n.º 2 do mesmo artigo).

Podem citar-se também as normas que ampliam o prazo para a denúncia dos vícios da coisa, nos contratos internacionais, bem como as disposições especiais de direito processual concernentes à prática de actos no país estrangeiro onde se encontra o réu.

b) Os casos citados não se inscrevem de modo algum numa linha de contestação do sistema conflitual. A uma, porque as normas referidas não visam senão aspectos isolados da disciplina legal das situações que contemplam. Depois, porque de toda a maneira essas regras, ainda que traduzam um fenómeno de estreitamento ou redução da área reservada pelas normas de conflitos gerais do sistema à aplicação das leis estrangeiras, não deixam de estar sujeitas na sua actuação a uma verdadeira regra de conflitos, conquanto especial. A tese contrária, sufragada, entre outros, por Mme. SIMON-DEPITRE,<sup>1</sup> não é, em meu entender, defensável.<sup>2</sup> Veremos que esta ideia é válida mesmo pelo que toca a uma categoria de normas materiais de que ainda não curamos: as normas de aplicação necessária (*lois de police*).

Mas uma outra realidade se nos depara, que, essa sim, parece incompatível, *prima facie*, com a concepção clássica. Queremos referir-nos aos casos em que da mente do legislador tenha surgido um autêntico corpo de preceitos, uma disciplina global para toda a gama de relações compreendidas em determinado sector da actividade jurídica. Estamos a pensar no Código de comércio internacional da República Socialista da Checoslováquia, de 4 de Dezembro de 1963, e na Lei da RDA, de 5 de Fevereiro de 1976, sobre os contratos económicos internacionais.

Só que — e é este o primeiro ponto a focar — nada permite supor que os diplomas citados, por mais importantes e significativos que sejam, marquem o início de uma viragem no modo de perspectivar a matéria da regulamentação das relações internacionais, considerada na sua globalidade. Com efeito, é de notar — o facto reveste-se mesmo de uma importância capital — que na génese das duas referidas leis se encontram condicionalismos

---

<sup>1</sup> *Les règles matérielles dans le conflit de lois*, Rev. crit. 63 (1974), pág. 599.

<sup>2</sup> Ver o meu estudo *Miaja de la Muela e a tendência substancialista*, *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Prof. Miaja de la Muela* (1979), II, pág. 1.066 segs.

particulares. É que o direito comum dos dois Estados em questão, inspirado como é forçosamente pela natureza própria do sistema económico neles vigente, não seria minimamente adequado a reger os contratos internacionais na sua generalidade. Havia que criar uma *lex specialis* para as relações comerciais com as empresas dos países de economia de mercado. Por outra via, tanto um como outro dos dois mencionados diplomas subordinam expressamente a aplicação dos preceitos neles contidos à condição de, conformemente aos princípios de DIP consagrados nos respectivos sistemas jurídicos, ser o direito do país, o direito local, o aplicável ao caso de espécie (Código checoslovaco, art. 3.º; Lei da RDA, art. 1.º, n.º 1).

Esta é, indubitavelmente, quanto a mim, a única orientação correcta, a única conforme com os princípios do DIP e com a própria natureza da lei como norma de conduta. É o que me proponho demonstrar, mas não antes de aludir a uma derradeira categoria de regras de DIP material: as regras de direito material uniforme estabelecidas por *convenções multinacionais*.

#### 3.4. *Direito internacional privado material convencional.*

Numerosas são as convenções multi-estatais que criam direito material uniforme. Por vezes, esse direito uniforme destina-se a substituir inteiramente, na matéria sobre que versa e no ordenamento jurídico de cada Estado contratante, o respectivo direito comum. Doravante, todas as relações jurídicas compreendidas no âmbito de aplicação do direito uniforme, tanto as do comércio internacional como as que são apenas expressão da vida jurídica interna, serão regidas, em cada um dos referidos Estados, pelas normas desse direito.<sup>1</sup> Inútil acrescentar que, sendo assim, a aplicação do direito uniforme em qualquer dos vários Estados contratantes depende do facto de a lei desse Estado ser declarada aplicável ao caso concreto pelas regras de conflitos gerais do respectivo DIP, ou, em alternativa, por normas de conflitos especiais, também de origem e fonte convencional.

Quanto às demais convenções que criam direito uniforme, e que são por vezes denominadas *convenções de unificação*, a sua característica predominante reside em as regras materiais por elas estabelecidas se dirigirem unicamente às relações de natureza internacional da categoria tida em vista. Isto posto, per-

---

<sup>1</sup> Vejam-se, por exemplo, as Convenções de Genebra sobre a letra e a livrança, de 7 de junho de 1930, e sobre o cheque, de 19 de março de 1931.

gunta-se se tais tratados poderão ser considerados de aplicação geral. No momento actual, a tendência claramente dominante — como o sublinha VON OVERBECK em relatório recentemente apresentado ao Instituto de Direito Internacional<sup>1</sup> — vai no sentido oposto. Para que o direito uniforme seja aplicável, é mister que exista uma conexão relevante (*un lien pertinent*) entre a espécie jurídica em causa e (pelo menos) um Estado contratante. Vale isto por dizer que se o elemento de conexão ou o factor de aplicabilidade das regras uniformes for judiciosamente escolhido, aquela solução levará a que tais regras só se tornem aplicáveis quando incorporadas na lei do Estado com o qual o caso em apreço tenha a conexão mais estreita.

Desta linha se afastava a Convenção da Haia de 1964 sobre a compra e venda internacional de coisas móveis corpóreas e a formação desses mesmos contratos. As regras uniformes criadas pela Convenção eram de aplicação absolutamente geral: sempre que os tribunais de um Estado vinculado pela Convenção da Haia fossem chamados a dirimir um litígio relativo a uma venda internacional, nos termos definidos pelo art. 2.º daquele instrumento, era segundo os preceitos do aludido direito uniforme que o deveriam fazer. Não vinha ao caso que a situação concreta nenhuma relação tivesse com o sistema jurídico de um qualquer Estado contratante. No quadro da Convenção de 1964, a localização das relações jurídicas deixava, assim, de desempenhar qualquer papel na aplicação dos respectivos preceitos: decisiva era tão-só a circunstância de estar em causa uma compra e venda internacional. A solução era manifestamente excessiva, e tanto que só um dos Estados que ratificaram a Convenção — o Estado de Israel — o fez sem reservas.

Mas a situação modificou-se profundamente de 1964 para cá. De facto, a Conferência das Nações Unidas sobre os contratos de venda internacional de mercadorias adoptou em Viena, em 10 de Abril de 1980, uma Convenção cujo art. 1.º estipula o seguinte:

“A presente Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham os seus estabelecimentos em Estados diferentes, contanto que: a) esses Estados sejam ambos Estados contratantes, ou b) as regras do direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante.”

---

<sup>1</sup> *Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par les traités* (rapport définitif). *Annuaire de l'Institut de Droit International* 58, I (Sessão de Atenas 1979), pág. 175 e segs.

Vemos, pois, que a Convenção das Nações Unidas sobre a compra e venda internacional de mercadorias, ao invés da citada anteriormente, se conforma com a orientação dominante. O sistema adoptado em Viena resulta da combinação de dois métodos. O primeiro é o das regras autónomas de aplicabilidade do direito uniforme: para que este direito se torne aplicável, ao abrigo desse primeiro critério, é mister que as partes tenham os seus estabelecimentos em Estados diferentes e que estes sejam Estados contratantes. O que vale por dizer que as regras uniformes só se aplicam quando vigorarem nos Estados do domicílio comercial de ambos os sujeitos do negócio jurídico. Assegurada está, portanto, a existência de uma apertada conexão entre o direito material uniforme e a situação jurídica que lhe vai ser submetida.

Por outra via, a Convenção de Viena remete para as normas do direito internacional privado do Estado do foro: se estas normas considerarem aplicável a lei de um Estado contratante, aplicar-se-á igualmente o direito uniforme — ainda que nenhum dos Estados onde as partes têm o respectivo estabelecimento seja um Estado contratante.

Podemos, pois, dizer que a Convenção de Viena tomou pelo bom caminho.

A primeira vista, diferente seria o caso da Convenção de Washington, de 26 de Outubro de 1973, que dispõe sobre a forma de um testamento internacional. Aí se diz, realmente, que um testamento será válido, no que depende da sua forma externa, se na sua feitura se observar a forma internacional (tal como a Convenção a descreve) — e isto quaisquer que sejam, designadamente, o lugar da celebração do acto, a situação dos bens, a nacionalidade, o domicílio ou a residência do testador. Não é, pois, necessário — diríamos — que a situação concreta esteja relacionada com a ordem jurídica de um dos Estados contratantes — e, logo, com o próprio direito uniforme estabelecido pelo tratado em referência — por um dos modos admitidos em direito internacional privado.

Contudo, a conclusão não seria correcta, porquanto o aludido direito uniforme não se torna aplicável senão quando o testador se tenha colocado, por sua própria vontade, sob a égide dos seus preceitos. Este elemento — a vontade do interessado — basta de per si para afastar a hipótese de aquele direito poder ser aplicado a casos situados fora da esfera de eficácia de uma lei que o contenha.

Podemos, pois, asseverar que a Convenção de Washington não nega o que deve considerar-se princípio fundamental na presente matéria, isto é, aquele princípio segundo o qual nenhuma norma,

por mais elaborada que seja, poderá aplicar-se a factos que com ela não tenham uma ligação espacial efectiva.

3.5. Seria, com efeito, erróneo supor que a opção pelo direito internacional privado material eliminaria o problema da conexão e da escolha da lei, nos termos consagrados.<sup>1</sup> Na verdade, a norma jurídica como regra de conduta, como norma reguladora de comportamentos humanos — que ela se propõe ora incentivar, ora coibir e sempre influenciar —, não é aplicável segundo a sua natureza a condutas que se situem fora da sua esfera de eficácia, fora do alcance do seu preceito. É que em tal caso não pode presumir-se que os interessados tenham tomado conhecimento da norma no momento de agir — e, se a não conheceram, certo não poderão ter-se conformado com o seu comando.

Não é por outra razão que as leis novas se não aplicam a factos anteriores ao seu começo de vigência: trata-se essencialmente de não violar direitos adquiridos, ou só que seja de não frustrar expectativas legitimamente concebidas pelos interessados com base na lei vigente no momento da prática dos factos juridicamente relevantes. Por motivos análogos se não deve consentir, em princípio, na aplicação a determinada conduta da lei de um Estado que com ela não tivesse, na data em que ocorreu, uma qualquer conexão efectiva. Enquanto *regula agendi*, a norma jurídica é de aplicação limitada, tanto no tempo como no espaço. O direito intertemporal e o direito internacional privado derivam, pois, de uma razão fundamental idêntica.

Bem sabemos que em toda a parte se registram casos de aplicação retroactiva das leis civis — e também podem admitir-se, por conseguinte, hipóteses em que normas jurídicas sejam aplicadas a factos que com elas não tenham a menor conexão espacial. Simplesmente, são situações que só poderão (que só deverão) verificar-se quando motivos de premente interesse público ou de evidente justiça o exijam.

Daqui se segue que aquele direito material especial das relações internacionais, de que falámos, não pode substituir-se ao direito de conflitos — não pode prescindir de uma ideia de conexão espacial entre a situação concreta e a lei. Logo, a teoria substancialista não tem defesa, seja qual for a modalidade que se considere.

E há mais ainda. Vimos acima que se tem acusado o sistema tradicional de inadaptação à natureza específica das relações da

---

<sup>1</sup> Cf. do A. DIP, *Alguns Problemas*, pág. 78 e segs.

vida internacional. A censura é, porém, exagerada. Desde logo, é extremamente significativo que os únicos exemplos conhecidos de sistemas de normas internas reguladoras de matéria internacional sejam duas leis comerciais: o Código de comércio checoslovaco, de 1963, e a Lei da RDA, de 5 de Fevereiro de 1976. Como ainda recentemente o fazia notar YVON LOUSSOUARN,<sup>1</sup> a nenhum legislador veio a ideia de editar um código civil próprio das relações internacionais. Assim, tudo quanto poderia conceder-se aos adversários do método clássico seria que este método apresenta, de facto, certas deficiências no tocante à matéria mercantil.

Mas nem por este modo limitada a acusação se afigura pertinente. Com efeito, o argumento que se pretende tirar da natureza específica das relações internacionais é infirmado pelo facto de certas convenções interestaduais, que criam direito uniforme, serem aplicáveis a todas as situações pertencentes a uma categoria determinada, quer se inscrevam na área do comércio internacional, quer na vida jurídica interna dos Estados. A observação, da autoria de HENRI BATIFFOL,<sup>2</sup> é sem dúvida pertinente.

#### B.1. *A perspectiva do interesse do Estado. Teoria de CURRIE.*

O método conflitual é também contestado por aqueles que para chegar à solução do problema do direito internacional privado se colocam na perspectiva do interesse do Estado. BRAINERD CURRIE é o expoente máximo desta corrente.

A posição de CURRIE representa uma ruptura total com o método conflitual. A solução do conflito de leis obtém-se partindo da análise das “políticas” em que se inspiram as leis em questão. A cada regra de direito está subjacente determinada “política”; naturalmente, o Estado tem interesse em que as normas, que ele julgou oportuno estabelecer, sejam aplicadas sempre que isso se mostre necessário à consecução dos fins com elas visados. É dizer que o domínio de aplicação de cada lei deveria ser determinado em função do interesse estatal a que pretende dar resposta. Colocado perante uma situação da vida internacional, o tribunal deverá antes de tudo tentar explicitar as políticas implícitas nas diferentes leis em concurso — e averiguar, seguidamente, se as circunstâncias impõem ou aconselham a prossecução de tais políticas no caso concreto. Se a análise efectuada revelar que só um dos Estados tem interesse em que a política subjacente à sua própria lei seja prosseguida nesse caso, será esta a lei a aplicar.

<sup>1</sup> **Cours général de DIP**, Rec. des Cours, 1973, II, pág. 305.

<sup>2</sup> **BATIFFOL**, Rec. des Cours 139, pág. 107 e segs.

Se da análise decorrer que ambos os Estados estão interessados na aplicação das suas respectivas leis, e um deles for o do tribunal, dar-se-á preferência à *lex fori* (assim como também, de resto, se, na mesma hipótese de conflito insolúvel, ambos os Estados forem estrangeiros).

A teoria de CURRIE<sup>1</sup> e o caminho que ela postula para se chegar à solução dos conflitos (*a governmental interest analysis*) são insustentáveis. O A. parte de uma ideia falsa: a de que é sempre possível deduzir do fundamento ou da "policy" do preceito jurídico os limites do seu âmbito de aplicação espacial. Não é assim: na maioria dos casos, nenhuma conclusão positiva poderá extrair-se, a tal respeito, da análise do escopo da regra de direito ou da sua *ratio*.

Por outra via, cahe dizer que a teoria de CURRIE, fazendo do interesse do Estado o elemento predominante e da análise deste interesse o único critério a seguir na busca da solução dos conflitos de leis, olvida por completo a intenção primordial do direito internacional privado, que é assegurar protecção às situações jurídicas inter-individuais plurilocalizadas, promovendo o seu reconhecimento nos diferentes países e evitando, assim, a frustração das legítimas expectativas das partes e de terceiros. É ao interesse dos indivíduos e do comércio jurídico internacional, não ao do Estado como ente soberano, que cabe aqui a primazia. Não é que o interesse do Estado não tenha um importante papel a desempenhar nesta matéria, mas (como o disse WENGLER há bons trinta anos) esse papel assume um carácter nitidamente excepcional.

Por último, o método de CURRIE não leva à elaboração de regras que, pelo seu conteúdo e fundamento, sejam verdadeiramente susceptíveis de se tornar universais — de regras que possam ser incluídas, segundo a ideia de CAVERS, num *common core*, num direito comum a todas as nações. Ele está, portanto, em oposição com a intenção primordial do DIP, cujos objectivos precípuos por completo ignora.

## B.2. Regras de aplicação necessária (lois de police).

Há porém regras que, por corresponderem a um interesse fundamental da organização política, social ou económica do Estado, não podem achar-se sujeitas às normas gerais do sistema de DIP.

---

<sup>1</sup> Notes on methods and objectives in the Conflict of Laws, 1959; Duke Law Journal, págs. 171-181 (e também in Selected Essay, Duke University Press, 1963, págs. 177-187).

São as regras para as quais o uso consagrou, na esteira de FRANCESKAKIS,<sup>1</sup> a expressão de “regras de aplicação imediata ou necessária” (*lois de police*). Tais normas deparam-se-nos sobretudo no campo da legislação de carácter económico-financeiro, visando a preservação da liberdade da concorrência ou a defesa do crédito público e da solidez da moeda nacional (leis sobre divisas), etc. Mas não só aí: assim, por ex., os tribunais franceses têm aplicado as leis sobre a assistência à infância a todos os menores *residentes* em França, sem tomar em consideração a regra de conflitos que em matéria de estatuto pessoal dá competência à *lex patriae*.

Trata-se de preceitos que, em virtude da importância dos interesses (locais) cuja defesa lhes está confiada, são providas de uma norma de extensão (*Ausdehnungsnorm* em sentido estrito, segundo KAHN), sendo, portanto, de aplicação obrigatória, por parte dos tribunais do respectivo Estado, para além dos limites demarcados pelas regras de conflitos gerais do sistema nacional de DIP. Necessário — e suficiente — é que entre o “caso” e a *lex fori* se verifique a conexão que eles próprios estabeleçam, ou que se deduza, por interpretação, do seu fim. Não lhes é alheia, por conseguinte, a ideia da necessidade da conexão espacial; sucede apenas que a conexão determinante não coincide aqui com a estabelecida pela regra de conflitos que vigora na respectiva matéria: é uma conexão específica, uma conexão *ad hoc*.

Os limites desta categoria de normas são imprecisos. Aliás, a imprecisão não versa apenas sobre o âmbito da categoria: vamos encontrá-la de novo quando abordámos o problema da conexão relevante para cada uma das referidas normas. É este um problema insusceptível de solução genérica e unívoca: a análise de cada caso é o único caminho que se nos oferece.

Questão ainda menos líquida é a da aplicabilidade de tais preceitos quando eles pertencem a uma legislação que não é a do Estado do foro, estando embora em contacto com a situação *sub iudice*. Duas hipóteses são de considerar: a) essa legislação é a declarada aplicável pela regra de conflitos do foro; b) essa legislação é a de um terceiro Estado. Na primeira hipótese, parece que o único limite à atendibilidade dos preceitos em causa consiste na cláusula geral de ordem pública (negativa). Na outra, a posição tradicional é a da não atendibilidade dos mesmos preceitos. Todavia, esboça-se actualmente uma tendência no sentido de dar aplicação a essas normas em determinados casos. Exemplos legislativos dessa directriz encontram-se no art. 7.º do Projecto de

---

<sup>1</sup> La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en DIP, pág. 11 e segs.

Convenção da CEE sobre a lei aplicável em matéria de obrigações contratuais. Aí se estabelece que “Quando o contrato apresentar também ligações com um país que não seja aquele cuja lei é aplicável em virtude dos artigos 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 16.º, 17.º, 18.º e 19.º, alínea 3), e a lei destoutro país contiver disposições que regulem imperativamente a matéria, de forma a excluir a aplicação de qualquer outra lei, estas disposições serão tidas em conta na medida em que a sua natureza ou o seu objecto particulares puderem justificar esta exclusão.”

Na mesma linha, o recente projecto suíço de uma lei sobre o DIP (art. 18.º) dispõe do modo seguinte: “Sob reserva do art. 17.º, podem ser aplicadas ou tidas em consideração as prescrições de um direito estrangeiro diferente do aplicável segundo a presente lei, quando elas no caso concreto e à luz do seu fim especial reclamem aplicação exclusiva, desde que, conforme o critério do juiz:

- a) a situação tenha uma ligação suficientemente estreita com aquele direito;
- b) o interesse em que este direito seja aplicado ou tido em conta seja manifestamente preponderante;
- c) esse interesse, tendo em conta as circunstâncias do caso e o fim visado por aquele direito, deva ser reconhecido como merecedor de protecção”.

Quanto à doutrina, a tentativa mais recente e elaborada de construção de um critério aplicável nesta matéria deve-se a WENGLER.<sup>1</sup> Propõe-nos este Autor duas ideias. a) Em primeiro lugar, a de ordem pública internacional (positiva) em sentido próprio. As normas estrangeiras seriam aplicáveis sempre que se possa dizer que, consideradas as coisas do ponto de vista da *lex fori*, elas estão ao serviço de um interesse geral da comunidade jurídica internacional. Estariam neste caso as leis especiais concernentes à circulação de divisas, já que é lícito falar hoje de um interesse geral no equilíbrio das balanças de pagamentos. Desnecessário acrescentar que esta ideia conduz ao acatamento das restrições que estejam em vigor na lei do país de exportação da moeda. b) A segunda ideia é mais complexa (e discutível). Trata-se, antes de tudo, de uma ideia de reciprocidade: no Estado do foro existe legislação análoga e verifica-se que os tribunais do outro Estado, em situação paralela, acatariam essa legislação — ou há razões para crer que procederiam desse modo. Trata-se, em segundo lugar, de uma ideia de bilateralização: bilateralização da regra de conflitos unilateral obtida, por interpretação, do fim da

---

<sup>1</sup> IPR I, pág. 86 e segs.

regra homóloga da lei do foro. Se semelhante regra de conflitos bilateral apontar, no caso concreto, para a lei estrangeira onde se encontra o direito especial imperativo em questão, esse direito será aplicado.

Como é evidente, este não é o lugar azado para tentar aprofundar o assunto.

#### 4. *Conclusões.*

Chegamos assim à conclusão de que as soluções excogitadas para o problema do conflito de leis como alternativas da solução tradicional não são válidas. Por mais que se critique o método conflitual, tem de se acabar por reconhecer que ele continua sendo, dos sistemas utilizáveis, o que menos inconvenientes apresenta.

Não pode, pois, falar-se em crise a propósito do DIP, a não ser para referir a ideia de que ele se encontra numa fase em que a sua problemática está sujeita a uma reflexão profunda.

Certo, o DIP dos primeiros decénios do nosso século prestava-se largamente à crítica.

Na ortodoxia dos seus dogmas, na sua "justiça" estritamente formal, no positivismo e particularismo nacional da sua concepção basilar tal como o final do século passado no-la transmitiu, na ruptura com a inspiração universalista de um SAVIGNY e de um MANCINI, o DIP não estava em condições de bem realizar a tarefa que lhe era assinada pela própria natureza das coisas.

Felizmente, muitas modificações se operaram no pensamento europeu sobre os conflitos de leis dos anos trinta até hoje. Hoje, verifica-se que o DIP tende a libertar-se progressivamente do seu preconceito nacionalista; a reconhecer o peso decisivo de factores como a continuidade e a estabilidade da vida jurídica internacional na resolução dos conflitos de leis; a conceder uma autonomia marcada aos seus próprios juízos de valor, aos seus conceitos e às suas normas, em face dos que prevalecem no domínio do direito material; a sublinhar a importância do princípio da harmonia jurídica internacional ou do mínimo de conflitos, assim como a da abertura ao direito comparado e ao princípio da igualdade entre todos os sistemas de direito. Ele vai ao ponto de admitir que na pesquisa das soluções se deve, por vezes, tomar em consideração o conteúdo e fins dos preceitos materiais.

Efectivamente, os critérios de justiça material desempenham um papel de importância sempre crescente na resolução dos conflitos de leis. A eles se faz apelo logo no momento da elaboração das regras de conflitos. De facto, há regras de conflitos que se

propõem preservar a validade e a eficácia dos actos jurídicos (*favor validitatis*), ou facilitar a constituição de certas situações (estados) do âmbito do estatuto pessoal (por exemplo, o estabelecimento da filiação), ou que prescrevem a aplicação da lei que melhor salvaguarde certas liberdades (nomeadamente a da mulher casada para a prática de actos jurídicos e a dos cônjuges para dissolver o vínculo matrimonial).

Por outra via, a consideração do conteúdo e fins dos preceitos materiais cobra também relevo no quadro da qualificação, assim como no da adaptação: quando duas regras materiais provenientes de ordens jurídicas distintas são aplicáveis ao caso de espécie e uma situação de *cúmulo jurídico* se apresenta, deve por vezes dirimir-se o conflito através da escolha ou da adaptação de uma das regras em concorrência, tendo em conta o respectivo teor e finalidades.

Há que referir também as normas *especialmente condicionadas* ou *autolimitadas*.<sup>1</sup> Trata-se de preceitos materiais cujo domínio de aplicação se encontra pré-determinado pela respectiva função ou escopo precípua. São normas que delimitam elas próprias o seu âmbito, através de um processo técnico semelhante ao das regras de conflitos. Contudo, é do fim visado pela norma que derivam os limites do seu campo de aplicação espacial e não de raciocínios análogos àqueles de que o DIP se vale para a formulação das suas regras.

Falámos já desta categoria de normas, ainda que sem a definir como acabamos de o fazer agora, ao versar o caso das regras de aplicação necessária ou imediata. O problema levantado por estas últimas regras é um daqueles que as normas especialmente autolimitadas nos propõem. Ali, trata-se fundamentalmente de saber se a aplicação de determinado preceito material pode ser levada além do limite fixado à competência da respectiva lei pelas regras de conflitos do sistema de DIP local. Mas a questão inversa também se põe. Refiro-me à questão de saber se, apurada a competência de certa legislação à face das regras de conflitos da *lex fori*, deve ou não considerar-se aplicável ao caso concreto o preceito material daquela legislação que justamente inclui no seu âmbito os casos da mesma espécie quando pertencentes à vida jurídica interna, mas cuja função ou fim social conduz a restringir-lhe o campo de aplicação quando se trate de situações internacionais.

---

<sup>1</sup> V. R. De Nova, Riv. dir. int. priv. e proc., 3, 1967 pág. 399 e segs., e o nosso DIP — Alguns problemas, págs. 60-73.

Sirva de exemplo o caso *Kaufmann V. American Youth Hostels, Inc.* Uma jovem, natural do Estado de Nova York e nele residente, perdeu a vida num acidente durante uma excursão ao Oregon organizada por uma instituição de beneficência que tinha a sede no referido Estado de Nova York. Na acção de perdas e danos que daí resultou, alegou a ré que o seu estatuto de instituição de beneficência a isentava da obrigação de responder civilmente pelos danos causados a terceiros por um dos seus empregados ou agentes. A defesa era procedente e fundada segundo o direito vigente no Oregon; mas em Nova York, Estado onde o processo corria os seus termos, a invocada imunidade já tinha sido abolida nessa época. O tribunal não atendeu a pretensão do autor, com o fundamento de que em matéria de responsabilidade extracontratual a lei competente continuava a ser a *lex loci delicti commissi*.

Em meu modo de ver, o tribunal novaiorquino, mesmo colocando-se na perspectiva da lei do Oregon, deveria ter dado ganho de causa ao demandante. Com efeito, a disposição especial da referida lei concernente às instituições de beneficência tinha unicamente por fim a salvaguarda do património de tais instituições, por atenção à natureza e valor social dos seus objectivos. Decorria daqui que só as associações de beneficência sediadas no Oregon, ou que, pelo menos, aí desenvolvessem em parte as suas actividades específicas, pertenciam ao domínio de aplicação do preceito legal em causa.

Aí temos um bom exemplo de uma dessas regras *especialmente autolimitadas*, de que há pouco falámos. De toda a evidência, não era lícito aplicar o referido preceito material no caso da *American Youth Hostels, Inc.* — uma *charity* unicamente conectada, tanto pela sede como pela qualidade dos seus beneficiários (definida essa qualidade pela nacionalidade e domicílio), com um Estado diferente daquele onde o acidente se produzira.

Como resolver então o problema? É simples: era mister recorrer à disposição geral da lei do Oregon que consagra o princípio do *neminem laedere*; e o tribunal, verificando que todas as condições necessárias à existência da obrigação de indemnizar se encontravam reunidas no caso concreto, deveria ter condenado a ré. E sem que isto significasse, de resto, qualquer espécie de desobediência à regra de conflitos que declara aplicável, em matéria de responsabilidade *ex delicto*, a lei do país onde se produziu a ocorrência.

Generalizando, poderemos dizer que, sendo a norma especialmente autolimitada uma norma *especial*, como sucede na generalidade dos casos, a sua não aplicação só determinará que se

passa à aplicação do preceito de direito *comum* do mesmo sistema jurídico. Aplicar, porém, aquela norma além da fronteira por ela mesma traçada, não seria afinal aplicar a própria norma na sua verdade, senão uma sua imagem deturpada.

5. À luz das ideias que acabam de ser expostas, diríamos que a especificidade da metodologia do DIP nos conduz a que a justiça que é imanente a toda a decisão jurídica seja aqui atingida através de um processo de localização da relação de vida plurilocalizada, mas que este processo técnico, embora privilegiando a segurança através do direito (de que nos fala RADBRUCH), não deixa de obedecer ao postulado essencial da justiça.

Assim sendo as coisas, o que os contestatários do DIP clássico recusam é em certa medida algo que cessou de existir — não este DIP que continuamos a tentar adaptar e reconstruir, mas aquele que, fruto de concepções ultrapassadas, esteve em vigor, quase sem oposição, durante a primeira metade do presente século.

Certamente, o tempo que vivemos, no que concerne ao nosso domínio dogmático como a muitos outros, é um tempo de crise, no sentido de que o DIP se vê inevitavelmente confrontado com o problema dos seus fins e dos seus métodos, problema que forçosamente ele terá de repensar e aprofundar. Como disse JÜRGEN HABERMAS numa síntese feliz: “Dass wir Reflexion verleugnen, ist der Positivismus” (Negar a reflexão, eis no que consiste o positivismo).

Ora foi justamente este trabalho de reflexão que nós tentámos fazer ao longo da presente exposição, na medida em que retomámos e pusemos em questão as diferentes vias metodológicas que se nos oferecem, como outras tantas alternativas ao sistema clássico. Ao fim e ao cabo, chegamos à conclusão de que os princípios básicos do DIP, e designadamente o método conflitual, permanecem válidos. Não têm razão os que contestam o DIP na sua feição actual; o que não significa que não devamos estar atentos à necessidade de o aperfeiçoar e de o adaptar às condições e exigências de uma realidade social em permanente evolução.