

# DOCTRINA

---

---

## OS CONFLITOS DE LEIS NO DOMÍNIO DA PROPRIEDADE E DEMAIS DIREITOS REAIS

A. FERRER CORREIA

SUMÁRIO: § 1.º — Lei aplicável. História. Fundamentos. § 2.º — Âmbito da regra de conflitos. O conceito-quadro “direitos reais”. A) Problemas de qualificação (**subsunção**). B) Problemas de **delimitação**: a) em face do estatuto do contrato; b) perante o estatuto pessoal. § 3.º — O elemento de conexão. A) **Determinação**: a) meios de transporte; b) **res in transitu**. B) **Conflito móvel**. § 4.º — Reconhecimento de disposições da **lex situs** não pertencentes ao estatuto real, mas de aplicação necessária no país da situação da coisa, dada a natureza dos objectivos visados.

### § 1.º

#### *Lei Aplicável. História. Fundamentos*

1. A sujeição das coisas corpóreas e dos direitos que sobre elas se constituem com eficácia *erga omnes* à ordem jurídica do Estado em cujo território se encontram situadas (*lex rei sitae*, *lex situs*) corresponde a um dos princípios de mais firme e longa tradição do DIP. É verdade que, segundo a leitura mais corrente dos textos, os estatutários distinguem na matéria os imóveis dos móveis, submetendo os primeiros à lei da situação e os segundos à lei pessoal do proprietário. Mas o próprio fundamento dado por alguns autores (cita-se DUMOULIN) à última regra —: a atribuição ao património mobiliário como sede, por *factio iuris*, do lugar do domicílio do respectivo proprietário (outros partiam do princípio de que os móveis são um acessório da pessoa) — já preludiava ulteriores posições doutrinárias favoráveis à determinação e à relevância para os bens móveis da sua localização real. Por outra parte, numa diferente leitura dos textos pertinentes, os pós-glosadores e estatutários não pretendiam estabelecer uma distinção geral e absoluta entre lei reguladora dos móveis e dos imóveis, antes se

referiam, ao fazer a distinção, a determinadas relações jurídicas situadas fora do âmbito dos direitos reais (sucessões, relações patrimoniais entre cônjuges, tutela).<sup>1</sup>

Seja como for, a distinção entre móveis e imóveis persistiu na prática durante longo tempo, e só no século XVIII a situação viria a modificar-se a favor da doutrina da unicidade da lei aplicável a uns e outros bens; sendo de notar que as velhas ideias inspiraram ainda algumas leis editadas no século passado (o Código austríaco de 1811, o italiano de 1865, o espanhol de 1889). Nos dias de hoje, a solução unitária é geralmente recomendada e seguida, tanto pela jurisprudência<sup>2</sup> como nas leis estaduais vigentes ou simples projectos legislativos<sup>3</sup> (v. Projecto brasileiro de lei geral sobre a aplicação das normas jurídicas, art. 43.º, que não reproduz a excepção do § 1.º do art. 8.º da actual Lei de Introdução ao Código Civil, relativa aos bens móveis que o proprietário trouxer, ou se destinarem a transporte para outros lugares, bens esses a que é aplicável a lei do domicílio do proprietário).

2. Convém que nos detenhamos um momento a pensar sobre as razões que estarão na base da competência da l. r. s. em matéria de direitos reais sobre coisas corpóreas.

A razão clássica é a que decorre do facto de as coisas corpóreas estarem necessariamente sujeitas à soberania do Estado territorial. Para SAVIGNY, a competência da l. r. s. para os bens materiais, tanto imóveis como móveis, é a mais ajustada à natureza das coisas: pois que todo o objecto corpóreo ocupa um lugar determinado no espaço, toda a relação jurídica real tem sede, *ex natura rerum*, nesse preciso lugar.

Outros, como FRANKENSTEIN, fazem derivar a competência legislativa ou poder jurídico do Estado territorial do poder de facto que de maneira evidente e inelutável lhe assiste sobre todas as coisas situadas no seu território.

Outros ainda preferem o argumento (de valia indiscutível) de que nenhum Estado, afora o da situação do bem, se acha em condições de assegurar e de impor essa eficácia *erga omnes* que é rasgo característico da figura do direito real. Só dos tribunais desse Estado pode o titular obter medidas que eficazmente protejam a sua posição ou a ela o restituam.

Acresce ser a solução referida a mais apropriada à luz do interesse de terceiros, que em geral conhecem o lugar da situação da

1 Cf. VITTA, DIP III, p. 2-4.

2 Por ex., na Alemanha, França, Suíça.

3 Código italiano de 1942, Código grego de 1940, Lei checoslovaca sobre o DIP de 1963, Lei polaca sobre o DIP de 1965, Código português de 1966, Código espanhol na redacção actual (1974), Lei austríaca sobre o DIP de 1976 etc.

coisa sobre que desejam adquirir direitos e, por conseguinte, facilmente podem informar-se acerca dos preceitos da lei segundo a qual deverão celebrar os adequados negócios jurídicos. Aquela solução é, portanto, a que melhor promove, neste campo, os interesses gerais da contratação.

Por último, a organização da propriedade (*maxime* a da terra e das empresas mercantis) contende directa e profundamente com a essência do sistema económico-político vigente em cada nação — e em toda a parte o Estado intervém com frequência cada vez maior na área do gozo dos bens, imóveis ou até móveis, impondo limites, afastando com pertinácia os estrangeiros de certas zonas, estabelecendo proibições de comercialização, designadamente de exportação, expropriando, nacionalizando às vezes categorias inteiras de meios de produção ou serviços; o que tudo prova como este domínio é dos mais penetrados por motivos ou dos mais sensíveis a razões de interesse público.

As considerações expostas (em breve resumo) constituem no seu conjunto (certas até só de per si) fundamento bastante da competência da l. r. s. na presente matéria, e a explicação convincente da sua vigência multi-secular restritamente aos bens imóveis, alargada na actualidade aos direitos reais sobre quaisquer coisas corpóreas.

## § 2.º

### *Âmbito da Regra de Conflitos*

#### *A) Problemas de qualificação*

3. *O conceito-quadro da norma e problemas inerentes.* — A toda a norma de conflitos do DIP, como a toda a norma de direito, corresponde uma esfera própria. Simplesmente, enquanto é pacífico o entendimento de que no caso dos preceitos de direito material essa esfera é preenchida por factos e relações da vida social, de modo bem diverso se passam as coisas no direito internacional privado. Certo que também aqui um sector da doutrina entende (com RABEL, WOLFF, AGO) ser a puros factos, juridicamente incolores, que a norma se refere; entendimento este que surgiu como reacção contra a velha ideia savigniana (partilhada por KAHN e por BARTIN) de que é a relação jurídica o objecto da regra de conflitos. Nenhuma destas concepções sendo admissível, restam duas: a de ZITELMANN, LEWALD e tantos mais, para quem aquele objecto consistiria numa questão ou corpo de questões de direito,

e a de NEUNER, WENGLER, RAAPE, BAPTISTA MACHADO e (em parte) ISABEL M. COLLAÇO, que consideram referir-se a regra de DIP a categorias de preceitos jurídico-materiais. Eu tenho também adoptado esta última concepção, mas advertindo que entre ela e a anterior se não divisam diferenças essenciais.<sup>1</sup>

Seja, porém, como for, sempre o *quid* a que a norma de conflitos se refere, e para que elege a conexão que reputa apropriada, é designado por um conceito técnico-jurídico, conceito que, dado a função do DIP residir na coordenação das leis dos diferentes países, com suas características próprias, suas instituições por vezes peculiares, não pode ser mais, ou não será em rigor mais do que um conceito-quadro, apto a assumir uma multiplicidade de conteúdos jurídicos diversos, embora equivalentes.

No caso da norma que nos ocupa, esse conceito traduz-se pela expressão "direitos reais". É ele que nos indica a esfera ou âmbito de aplicação da norma de DIP em causa: o sector, o espaço jurídico, a matéria em que relevará a conexão por ela indicada (o lugar da situação da coisa).

4. Qual o critério geral a utilizar na interpretação do conceito-quadro da regra de conflitos, e designadamente do conceito "direitos reais" utilizado por uma das normas de DIP da *lex fori*?<sup>2</sup>

São apenas dois, a bem dizer, os caminhos que se nos deparam: ou procedemos a essa interpretação rigidamente cingidos à mesma lei do foro, ou perfilhamos uma atitude de rasgada abertura aos sistemas jurídicos estrangeiros, às figuras jurídicas, aos institutos que nesses sistemas — pela função social que aí desempenham e características que revestem — pertençam à categoria, divisão ou instituição dos direitos sobre as coisas.

A primeira teoria — teoria da qualificação segundo a *lex fori* — postula que os conteúdos jurídicos (noutra perspectiva: as relações jurídicas) subsumíveis ao conceito-quadro ou à previsão de uma dada norma de conflitos da lei do foro são tão-somente — e precisamente — os designados pelo conceito homólogo do direito material da mesma lei.

É, porém, a segunda a que merece a minha preferência. Desde logo, e apreciando a questão em geral, por ser o DIP (como já dissemos) um sistema de normas forçosamente aberto às várias instituições e conteúdos jurídicos conhecidos e acolhidos nas leis dos diferentes Estados: a sua perspectiva transcende necessaria-

<sup>1</sup> Lições de DIP, 1973-75 (vol. policop.), n.º 62.

<sup>2</sup> Vide as nossas citadas Lições, p. 265 e ss., e DIP — Alguns problemas (1981), p. 159 e ss.

mente o horizonte do sistema jurídico nacional e a linha de contornos dos respectivos conceitos. Na categoria normativa correspondente a dada regra de conflitos não de poder incluir-se (ao menos em princípio) todos os preceitos e institutos estrangeiros que, no ordenamento a que pertencem, se proponham desempenhar a função social que o legislador do foro teve em vista ao aludir a tal categoria, ou uma função substancialmente análoga. As categorias de conexão não são moldes vazios, mas são certamente formas elásticas.

RABEL tinha plena razão, quando advertia que as normas do DIP, compreendidas estritamente em função de um direito material determinado, são impotentes para acudir às necessidades que as determinaram. Não é com instrumentos puramente nacionais que pode acometer-se e levar-se a cabo uma empresa cuja dimensão e cunho são evidentemente internacionais. A utilização da via comparatista é, pois, aqui, de preceito. Só esse método permite captar nas instituições dos vários países, para além das diferenças de carácter técnico-jurídico que por vezes levantam entre elas barreiras que se diriam intransponíveis, uma essência e um destino comuns.

E se desta perspectiva geral passarmos agora ao problema concreto da definição do conceito “direitos reais”, por intermédio do qual pretendeu o legislador de um qualquer país delimitar a esfera de aplicação da regra de competência da l. r. s. a conclusão a que chegamos não se altera. Como o reconhece a doutrina dominante — que por uma vez quebra a tradicional fidelidade à teoria da qualificação da *lex (materialis) fori*<sup>1</sup> — é a *lex rei sitae* que determina a natureza real ou não real de quaisquer direitos relativos às coisas corpóreas. A l. r. s. não pertence apenas decidir se uma coisa é móvel ou imóvel, fungível ou não fungível, alienável ou inalienável (como *res extra commercium*). Se uma *res sacra* no seu país de origem (logo, inalienável) é transportada para outro país onde perde essa natureza e aí vendida, a venda é válida; se uma coisa móvel pertencente a um fideicomisso alemão e portanto inalienável na Alemanha é levada para o estrangeiro e aí vendida, a questão da sua inalienabilidade depende do actual estatuto real. Em todos estes casos se levanta um problema de qualificação. Só

<sup>1</sup> Isto é, à teoria segundo a qual, seja qual for o **quid** a qualificar (para efeitos de individualização da norma de conflitos e, portanto, do ordenamento jurídico aplicável) — relações de facto, relações jurídicas, pretensões, questões de direito, normas e institutos de direito material — sempre a sua natureza haverá de decorrer da sua prévia integração nas categorias do sistema de preceitos materiais da *lex fori*.

que a l. r. s. não é competente apenas para resolver problemas de qualificação deste tipo,<sup>1</sup> mas também para solucionar questões que põem em causa a sua mesma competência — e que, por conseguinte, se diria deverem ser dirimidas (à luz da teoria tradicional da qualificação) pela *lex fori*.

Assim, p. ex., se a l. r. s. (como acontece na Áustria) configura em certos casos o direito do arrendatário como direito real, as correspondentes disposições legais do sistema jurídico austríaco tornam-se sem mais aplicáveis. Pouco importa que não seja essa lei, segundo a norma de conflitos da *lex fori* atinente aos contratos, a aplicável ao contrato de arrendamento em questão — e que a lei do contrato não comungue das ideias da l. r. s.

Em termos semelhantes deve discorrer-se face àquelas figuras que, tal o *lien* do direito inglês, estão próximas do direito de retenção dos sistemas romano-germânicos. A natureza do direito de retenção é controversa (talvez real na Suíça, obrigacional na Alemanha e França: cf. VENTURINI, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III — PIL, cap. 21, Property, nota 261). Se na *lex fori* prevalece a segunda qualificação, estaria na linha de consequências da teoria tradicional julgar da existência e eficácia do direito em questão conformemente à lei reguladora da relação jurídica causal (determinada essa lei de acordo com o sistema de conflitos do direito do foro). Solução esta, porém, altamente insatisfatória: se na *lex situs* o referido direito assume natureza real, a sua atribuição e a extensão da sua eficácia não podem deixar de depender da *lex situs* (embora a relação causal dependa doutra lei).

Em suma: tendo em conta o fundamento da competência da l. r. s. em matéria de direitos sobre as coisas — quer se prefira pôr em relevo o interesse do titular do direito, quer se opte por valorizar principalmente o argumento da soberania do Estado e os interesses de terceiros e do comércio jurídico — impõe-se-nos o reconhecimento de todas e quaisquer figuras de direito real admitidas por essa lei. Não seria procedimento correcto examinar e definir previamente o perfil de um direito determinado à luz do sistema de preceitos materiais da lei do foro, para só chamar a *lex situs* depois de se ter averiguado que o direito em causa reveste a natureza de um *jus in re*, reúne as características de um dos tipos de *jura in re* consagrados na *lex materialis fori*. Tomando este rumo,

---

<sup>1</sup> A competência da lei da situação para resolver tais problemas é controversa (V. VALLADÃO, **DIP II**, p. 166), já que aí a qualificação não precede a determinação da lei aplicável.

e para além das soluções insatisfatórias com que já deparámos nesta exposição, nós não poderíamos inclusivamente reconhecer na sua autêntica singularidade a posição jurídica *real* — dê-se-lhe ou não o *nomen* de propriedade — que o direito anglo-saxónico atribui ao *trustee*! Pois debalde procuraríamos na tipologia fechada dos nossos sistemas jurídicos o equivalente dessa figura *sui generis* — e a sua inclusão numa das categorias do direito de conflitos da *lex fori* seria, portanto, inviável.

E assim se comprova o rigor do ponto de vista que comecei por apresentar-vos, abordando o tema em geral: ao interpretar os conceitos por mediação dos quais o legislador do direito de conflitos baliza o âmbito, a esfera de aplicação de cada uma das normas do sistema, não deve proceder-se em termos de uma referência automática aos conceitos homólogos do sistema de preceitos materiais da *lex fori*. Deve, sim, considerar-se que a cada um daqueles conceitos há que atribuir a mais larga acepção, por modos que cada um possa compreender uma série indeterminada de complexos normativos, de figuras, de institutos — todos quantos no respectivo ordenamento obedecerem à ideia geral que esteve na mente do legislador, ou visarem uma função sócio-jurídica substancialmente análoga àquela que este se representou ao formular a regra de conflitos. Tal instituto de direito estrangeiro caberá na previsão da norma, se corresponder ao juízo valorativo que a ela subjaz — e de que resultou a escolha do elemento de conexão (no nosso caso, a situação da coisa).

## B) *Problemas de delimitação*

5. Constitui doutrina pacífica que à l. r. s. compete<sup>1</sup> regular o *conteúdo* dos direitos reais, as condições da sua *existência*, o seu *exercício* e a sua *extinção*. O mesmo se dirá, em princípio, quanto aos *modos de constituição* desses direitos. Pelo que respeita àqueles que são próprios dos direitos reais (ocupação, posse, acção), não se levantam dificuldades de tomo. Não assim, porém, quando a criação e sobretudo a *transferência* de tais direitos implicam o jogo de normas de conflitos diferentes e, por conseguinte, a *conjugação de leis diversas*.

Surgem daí problemas de delimitação da esfera de competência da l. r. s. em face do âmbito reconhecido à lei do contrato, à lei reguladora do regime de bens entre os cônjuges, à lei da sucessão.

---

<sup>1</sup> Além de determinar os **tipos de direitos reais** admissíveis, como acabamos de ver. Um tipo de direito real desconhecido em X não pode ser criado em Y em relação a coisas ali situadas (WOLFF, **PIL**, p. 522).

## I. Estatuto da coisa e estatuto do contrato

6. Se a aquisição do direito real tem origem num contrato, constitui imprescindível tarefa discriminar os aspectos a submeter à lei do negócio jurídico e aqueles a que será aplicável a l. r. s. O problema só não se põe naqueles países cujo DIP declare aplicável aos contratos — e na estrita medida em que o faça, o que parece só acontecer em matéria de contratos sobre imóveis (Código Civil egípcio, Leis checoslovaca de 1963 e polaca de 1965; v. também *Segundo Restatement*, § 189) — a l. r. s.

A linha divisória entre uns e outros dos referidos aspectos parece relativamente fácil de traçar. A l. r. s. regula as condições de aquisição do direito real (e da posse); a *proper law* do contrato, a formação, os requisitos de validade e os outros efeitos do negócio jurídico. A *lex situs* não tem que se pronunciar sobre a existência, consistência e subsistência da relação fundamental, nem sobre os seus efeitos obrigacionais: todos esses aspectos relevam da competência de outra lei, que pode não coincidir no caso concreto com a primeira. Obviamente, é só nesta hipótese que a distinção assume dimensão prática.

7. De resto, o problema de coordenação das duas leis — a *proper law* do contrato (que é em primeira linha a lei designada pelos contraentes) e a *lex situs* — apenas suscita dificuldades quando aconteça elas divergirem relativamente às condições requeridas para a transferência da propriedade das coisas corpóreas. É sabido que os sistemas latinos e anglo-saxónicos admitem que a constituição ou transferência de direitos reais se verifique por mero efeito do contrato. Ao invés, o sistema germânico (Alemanha, Suíça, Brasil) sujeita a transferência da propriedade das coisas móveis à *traditio* e a dos bens imóveis a inscrição no registro.

Se, pois, uma coisa móvel situada na Alemanha é vendida em Lisboa,<sup>1</sup> o vendedor — apesar do disposto no art. 408.º do Código civil português (transferência por simples efeito do contrato) — fica apenas obrigado, em face da lei reguladora do negócio jurídico, a proceder à sua entrega: a transferência da propriedade só vai ocorrer, dado o regime acolhido na lei para tal competente, quando a *traditio* tiver lugar.

A doutrina exposta é a que oferece a solução mais justa para o problema atrás definido (ou seja, o da linha de fronteiras entre

---

<sup>1</sup> Na falta de convenção em contrário, e suposto que o comprador tem domicílio em Portugal e o vendedor na Alemanha, é aplicável ao contrato, segundo o DIP português (Código Civil, art. 42.º, n.º 2.º), a lei do lugar da celebração.



o domínio do estatuto do contrato e o do estatuto real). Na verdade, ela *atende por igual* aos interesses que justificam a competência da l. r. s. e aos que estão na base do princípio da autonomia da vontade (princípio que, como é sabido, constitui a pedra angular do sistema conflitual em matéria de contratos). Aos primeiros — interesses de terceiros, interesses gerais do comércio jurídico —, enquanto faz depender a transferência da titularidade do direito de uma lei indiciada por um facto externo, aparente, que qualquer pessoa pode conhecer e em que pode fiar-se; aos segundos, enquanto permite aos interessados directos que regulem à sua vontade o negócio que pretendem realizar (inclusive escolhendo a lei que o haverá de reger). Submeter o contrato no seu todo à *lex rei sitae*, mesmo só no caso de estarem em causa bens imóveis, seria uma solução injusta, por isso que apenas atenta a um dos interesses que relevam na matéria.

Tão-pouco se me afigura de aplaudir certa orientação, de resto sem raízes no passado histórico, conforme a qual haveria que distinguir, na transferência da propriedade, dois aspectos: o *interno* e o *externo*. *Inter partes*, a transferência seria regulada pela lei do contrato; em relação a terceiros, pelo estatuto real. Foi esta orientação parcialmente acolhida pela Convenção da Haia de 1958 sobre a transferência de propriedade nas vendas de coisas móveis corpóreas. Todavia, pelo menos se tomada em toda a sua possível extensão, ela não se harmoniza com nenhum dos sistemas seguidos no direito interno dos diferentes Estados. Por outro lado, a regulamentação da transferência da propriedade mesmo só *inter partes* não será já matéria do âmbito dos direitos reais, a disciplinar pela l. r. s.? O certo é que a citada Convenção da Haia encontrou fraco acolhimento; as soluções que consagra foram achadas fragmentárias, em parte controversas e de pouco valor prático.<sup>1</sup>

### 8. Uma referência especial merece a *capacidade*.

Uma distinção parece impor-se logo de início. A *capacidade geral para celebrar contratos*, ou capacidade de agir ou de exercício de direitos, rege-se pela lei pessoal do contraente.<sup>2</sup> De modo semelhante, a capacidade das pessoas jurídicas tem a extensão que lhe for atribuída pelo respectivo estatuto.

Coisa diversa é a *capacidade para adquirir ou transmitir direitos reais*, que nos países de *common law* (pelo menos quanto aos imóveis) depende da l. r. s.<sup>3</sup> No Código civil português existe

1 Cf. KEGEL, *IPR*, 4.<sup>a</sup> ed., p. 334.

2 Ou, em certos países da *common law*, pela lei do contrato.

3 Cf. VENTURINI, *International Encyclopedia*, vol. cit., p. 24 e CHESHIRE-NORTH, *PIL*, 8.<sup>a</sup> ed., p. 482 ss.

uma nova (art. 47.º) que manda observar em tal hipótese (mas só pelo que respeita às coisas imóveis) esta última lei. Uma vez limitada a eventual incapacidade actual do titular, resultante da l. r. s., à transferência do direito, parece que ela não implicará de per si a invalidade do negócio causal, apenas lhe suspendendo a eficácia. No entanto, a contraparte, baseando-se na lei do contrato, poderá eventualmente promover a anulação do convénio, com fundamento em erro, se contratou na ignorância (não culposa) da incapacidade do disponente (e da consequente ineficácia real do acto) segundo a l. r. s.<sup>1</sup>

Mas duvidosa que se afigure esta solução, outro tanto se não dirá acerca de disposições da *lex situs* que estabeleçam incapacidades para a transferência de propriedade relacionadas simultaneamente com a *condição de certas pessoas* e a *natureza dos bens*. Refiro-me naturalmente a disposições ditadas *pelo interesse geral do Estado*. Assim, p. ex., a aquisição de propriedade imobiliária por estrangeiros pode estar dependente de autorização governamental dada caso a caso. A idêntica limitação sujeitava o art. 161.º do Código civil português a aquisição ou alienação de bens imóveis por pessoas colectivas, sem se fazer acepção de nacionalidade. Disposição análoga (relativamente às aquisições) se nos depara no Código civil italiano (art. 17.º). Tais normas devem considerar-se *partes integrantes do estatuto real*, salvo se for o caso de se verificar, por interpretação, que o seu objectivo não reside na salvaguarda de um interesse geral, mas antes na do próprio interesse particular da pessoa colectiva.<sup>2</sup>

## II. *Estatuto da coisa, regime dos bens dos cônjuges e estatuto sucessório*

9. Dificuldades podem igualmente derivar da necessidade de coordenação do estatuto real com a lei reguladora do regime de bens dos cônjuges, nos países em que esta lei seja ou a lei designada pelos interessados e subsidiariamente a lei pessoal destes (*sic*, projecto brasileiro de lei geral de aplicação das normas jurídicas, corpo do art. 36.º), ou desde logo a lei pessoal (Código civil português, art. 53.º, L. I. ao Código civil brasileiro, art. 7.º, § 4.º).

Conforme princípio já definido, os modos de constituição de um direito real, ou de uma situação jurídica real, são regulados pela l. r. s. Todavia, é à Lei pessoal dos cônjuges que compete definir o regime dos bens do casal. Seja então o seguinte caso:

<sup>1</sup> E (ou) reclamar perdas e danos.

<sup>2</sup> *Sic*. VENTURINI, *op. loc. cit.*, p. 24.

Segundo as regras aplicáveis da lei reguladora do regime de bens, um imóvel herdado por um dos cônjuges na constância do casamento entra *ipso iure* na comunhão matrimonial. No entanto, a l. r. s. não permite que esse resultado se produza de modo automático, *ex vi legis*, mas exige a celebração de um negócio jurídico visando esse efeito específico. Assim sendo as coisas, o problema só poderá resolver-se por via de *adaptação*. Em ordem a harmonizar os preceitos materiais dos referidos sistemas jurídicos, poderá decidir-se (como o fez o tribunal de Apelação de Dresde em 1-12-1896; cf. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, Rec. des Cours 69 (1939 — III), n.º 60; mas veja-se, em sentido contrário, KEGEL, *op. cit.*, p. 329-330) que o cônjuge, a quem tocou, por herança, o imóvel, deverá colocar o outro cônjuge, mediante celebração do negócio jurídico apropriado, numa situação que lhe permita exercer sobre a coisa os poderes que lhe compete, segundo os princípios do estatuto matrimonial.

A solução parece correcta, já porque tem em conta os princípios da l. r. s. em matéria de propriedade colectiva ou comunhão de mão comum, já porque permite evitar que se dêem soluções diferentes a situações idênticas, com violação da regra da igualdade entre os sujeitos da relação jurídica. Na verdade, se fosse outro o caminho seguido enquanto no caso citado o imóvel ficaria na propriedade exclusiva de um dos cônjuges, já os bens adquiridos pelo outro cônjuge no país onde vigora a lei aplicável ao regime matrimonial (ou nalgum outro de legislação semelhante) ingressariam *ipso iure* na comunhão.<sup>1</sup>

10. A necessidade de articular os princípios da lei aplicável à relação jurídica com os da lei reguladora dos modos de constituição dos direitos reais levar-nos-á outrossim a não reconhecer a comunhão de mão comum ou propriedade colectiva existente entre os coherdeiros de acordo com os preceitos do estatuto da sucessão, no tocante a bens imóveis situados num país onde somente se conhece a simples compropriedade ou propriedade em comum.<sup>2</sup>

A outros problemas de delimitação do âmbito da regra de competência da l. r. s. em face da lei pessoal do sujeito ou sujeitos da relação jurídica (em matéria de sucessões por morte, de relações patrimoniais entre cônjuges ou entre pais e filhos menores, de tutela) me hei de referir mais adiante. Agora — depois da análise

---

<sup>1</sup> Vide o nosso trabalho *Considerações sobre o método do DIP*, em *Estudos Vários de Direito* (1982), p. 363 e segs.

<sup>2</sup> V., p. ex. KEGEL, *IPR*, p. 184.

a que submeti determinados pontos mais controversos relacionados com o âmbito da norma de conflitos em causa e a interpretação do conceito que o designa, enquanto conceito-quadro — vou debruçar-me sobre algumas questões suscitadas pelo factor de conexão da norma.

### § 3.º

#### *O Elemento de Conexão da Norma de Conflitos*

##### *A) Sua determinação*

11. *Meios de transporte.* — A determinação em concreto do factor de conexão (prescindindo dalgum caso limite) só é de molde a levantar dificuldades em matéria de coisas móveis. A primeira dificuldade surge em relação àquela categoria de coisas cuja mobilidade, no dizer de BATIFFOL (*DIP II*, n.º 507), não constitui uma simples qualidade do objecto, mas a sua verdadeira função e, portanto, a sua natureza específica. São os *navios*, são as *aeronaves*. A aplicação a tais coisas da lei de cada país que abordam ou em que fazem escala daria origem a inconvenientes óbvios: deve procurar-se uma lei que as reja de modo permanente. Por isso, a *praxis* se orientou de longa data para a lei da “nacionalidade” ou do pavilhão, o que é o mesmo que dizer, para a lei do país da respectiva *matricula* ou *registo*. Dada a publicidade que o registo assegura, aliada à facilidade de conhecer o país onde foi efectuado, esta solução aparece como a mais adequada do ponto de vista de terceiros e do comércio jurídico. Vários são hoje os Estados (entre os quais se contam Portugal — Código civil, art. 46.º, n.º 3.º — e o Brasil) e as convenções internacionais que a consagram.

Ao contrário do que pensava FRANKENSTEIN, a lei do país da matrícula não deve ser tida apenas como lei da situação fictícia da aeronave ou do navio — e, portanto, como lei cuja competência haja de cessar logo que se apure a situação real da coisa —: ela desempenhará para todos os efeitos as funções da lei da situação. Não será, obviamente, a lei da situação *efectiva* — mas será a da situação ou sede *legal*.

O caso dos *veículos automóveis* não provoca igual consenso. Estando também eles sujeitos, na grande maioria das nações, a um regime de matrícula, poderia pensar-se em lhes aplicar a doutrina geralmente seguida quanto às aeronaves e aos navios. Parece dever interpretar-se neste sentido o citado art. 46.º, n.º 3.º, do Código português, que se refere à “constituição e transferência de meios

de transporte submetidos a um regime de matrícula".<sup>1</sup> Disposição semelhante não se encontra, porém, segundo julgo, noutros países, e, como informa VENTURINI,<sup>2</sup> na falta de preceito especial na matéria, a doutrina e a jurisprudência pronunciam-se pela aplicação da l. r. s.

De resto, os veículos automóveis não se destinam em geral a assegurar o tráfego de pessoas e de mercadorias com o estrangeiro: ao contrário do que se passa com os navios e também, em regra, com os aviões, a sua situação física num país determinado não aparece como algo de *essencialmente* transitório. De todo o modo, a necessidade de uma providência especial não surge aqui com a mesma intensidade.

Quanto, por último, ao *material ferroviário* (locomotivas, caruagens, vagões), é aplicável, para os Estados que a ela tenham aderido, o regime instituído pela Convenção de Berna de 25-II-1961, que estipula que aquele material está exclusivamente submetido à lei do país a que pertence a rede ou a empresa ferroviária respectiva.

12. Uma atenção especial merecem as *coisas em trânsito*. Eis um novo caso em que igualmente se justifica um desvio da regra de competência normal — mas só quando a coisa for objecto de um acto de disposição real durante o transporte de um país para outro. E o desvio justifica-se quer porque os interessados podem desconhecer o exacto paradeiro do objecto na data da realização do negócio jurídico, quer porque, e de todo o modo, o contacto da mercadoria com cada um dos países atravessados no percurso até ao local do destino é por via de regra transitório, frouxo e não significativo.<sup>3</sup>

Sendo, pois, necessário renunciar aqui à competência da l. r. s., pergunta-se que norma especial adoptar para os referidos casos. Qual a lei aplicável à constituição e transferência de direitos reais sobre coisas em trânsito?

O problema pode limitar-se às coisas transportadas *por terra*: sendo elas transportadas por via marítima ou aérea, a solução mais razoável seria considerá-las localizadas no país da situação ou sede *legal* do navio ou da aeronave, tal como definida precedente-

---

<sup>1</sup> Parece, no entanto, que é pressuposto desta norma acharem-se as coisas ao serviço do transporte internacional de pessoas ou de mercadorias. Sic, BAPTISTA MACHADO, *Lições de DIP*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 378.

<sup>2</sup> *Int. Encyclopedia*, vol. cit., t. cit., p. 11.

<sup>3</sup> A coisa não terá chegado a interessar o comércio jurídico que decorre nesses países. V. BAPTISTA MACHADO, *loc. cit.*, p. 378.

mente.<sup>1</sup> Não sendo este o caso, oferecem-se à nossa opção duas soluções: ou aplicação da lei em vigor no local da *expedição* (como o dispõe o Código espanhol, na redacção que foi dada ao art. 10.º, 1, em 1974), ou aplicação da lei vigente no país do *destino* (como determina o Código português, art. 46.º, 2.º: “Em tudo quanto respeita à constituição e transferência de direitos reais sobre coisas em trânsito, são estas havidas como situadas no país do destino”).

Se falta na lei do foro uma regra de conflitos especial relativa a estes casos, não se afigura fácil chegar por via interpretativa à conclusão de que ao lugar da efectiva situação da coisa no momento relevante se substituiu o *situs rei* à data da expedição, dado que os bens já se não encontram nesse lugar, ou o local do destino, onde justamente eles não chegaram ainda. Haverá, por conseguinte, que aplicar a lei da situação efectiva, apesar dos inconvenientes que esta solução acarreta, recorrendo a título subsidiário (ou seja, se aquela lei é desconhecida) ao direito material da *lex fori*.<sup>2</sup>

### B) *Conflito móvel*

13. A dificuldades especiais pode dar lugar uma mudança de estatuto da coisa. Verifica-se a mudança ou sucessão de estatutos sempre que a coisa passa da alçada de um para a de outro sistema jurídico (o que no caso dos imóveis só pode ocorrer em resultado de uma mudança de soberania: anexação territorial).

O problema da sucessão de estatutos ou do conflito móvel consiste, no caso em apreço, em determinar quais as consequências desse facto sobre a condição jurídica da coisa. Trata-se, por outras palavras, de precisar o momento em que a *conexão decisiva* (v.g., a situação da coisa) *se torna relevante* para efeitos de direito internacional privado; ou de, no caso dos direitos reais, delimitar a esfera de competência própria de cada um dos dois estatutos que são aplicáveis sucessivamente, em virtude da deslocação do objecto. A decisão compete à norma de direito internacional privado da *lex fori* que designa a conexão eficaz em matéria de direitos reais. Na ausência de indicações concretas, recorrer-se-á aos princípios gerais de direito intertemporal. Deles resultam as soluções seguintes.

---

<sup>1</sup> A ligação à lei do navio é certamente mais forte do que a ligação a uma lei com a qual a coisa já perdeu contacto ou não o estabeleceu ainda: lei do lugar da expedição ou do destino.

No sentido acima preconizado, BATIFFOL *DIP* II, n.º 509, e VENTURINI, *Int. Encyclopedia*, vol. e t. cit., p. 12.

<sup>2</sup> Sic, VENTURINI, *Int. Enc.*, *lug. cit.* na nota precedente. Cf. Código Civil português, art. 23.º, 2.º.

14. a) O novo estatuto aceita a coisa *com a condição jurídica que lhe foi dada pelo anterior*. Da aquisição, transferência ou perda de um direito sobre ela, verificadas antes da mudança do *situs rei*, julga o velho estatuto.<sup>1</sup> Se de acordo com a lei da precedente situação (as leis portuguesa, francesa ou italiana) a propriedade do objecto se transferiu para o comprador por mero efeito do contrato (havendo este sido celebrado antes da mudança), este efeito será reconhecido pela actual *lex rei sitae*, mesmo que esta (a lei alemã, a lei brasileira) condicione a transferência da propriedade à aquisição da posse.

Se, ao invés, o primeiro sistema jurídico não atribuiu ao contrato efeitos reais, e a *traditio* não teve lugar antes da deslocação da coisa, uma de duas:

a) O segundo sistema tão-pouco atribui ao contrato aqueles efeitos. Nesta hipótese, a transferência do direito verificar-se-á pelos modos estabelecidos por este segundo sistema.

b) Seja agora o caso de a nova *lex situs* dispor que a propriedade das coisas móveis se transmite para o adquirente por simples efeito do contrato. Ex.: um móvel situado no Brasil é aqui vendido a um português e enviado para Portugal pelo vendedor. Deve acaso entender-se que o objecto entra automaticamente no domínio do comprador no próprio momento em que atravessa a fronteira portuguesa? A resposta negativa parece impor-se. Pois ao novo estatuto não cabe atribuir o efeito translativo da propriedade a um facto jurídico (um contrato) verificado numa data em que nenhum poder lhe pertencia ainda em relação à coisa. Deste modo, não há senão considerar necessário um novo acordo de vontades, opinam alguns.

O problema tem de ser equacionado em face dos princípios do novo estatuto. Em Portugal (como decerto na generalidade dos países), a tradição da coisa efectuada pelo anterior possuidor (logo, pelo vendedor) determina a aquisição da posse (pelo comprador, no nosso caso) — e esta pode também adquirir-se por constituto possessório (independentemente, pois, de *traditio*, real ou simbólica: Código civil português, art. 126.º, 4.º, 1.º). Ora, se ao contrato, válido e eficaz segundo a lei que o rege, conquanto desprovido de eficácia translativa do direito segundo a anterior *lex rei sitae*, vem somar-se agora, já sob a égide do novo estatuto real, o facto da aquisição da posse pelo comprador, não se vê que outra

---

<sup>1</sup> Da eficácia dos factos constitutivos, translativos ou extintivos anteriores decide a lei da precedente situação do objecto.

ou outras condições mais sejam necessárias para se dar a translação por efectuada.<sup>1</sup>

15. b) A dificuldades semelhantes pode conduzir a *prescrição aquisitiva*, sempre que o lapso de tempo necessário à usucapião, segundo a anterior *lex situs*, não tenha decorrido inteiramente à data da deslocação da coisa para o território doutro Estado.

Várias têm sido as directivas a tal respeito preconizadas na doutrina e sancionadas nos textos legais. Delas nos dá conta, em síntese excelente, o Prof. HAROLDO VALLADÃO (*DIP*, II, p. 162-163). A solução mais razoável parece-nos ser a que este A. perfilha, e que é também a consagrada no cit. Projecto brasileiro de lei geral (art. 45.º e § único), no § 246 do *Restatement, Second*, e — em termos gerais — na Lei austríaca sobre o DIP de 1976 (§ 31).

Da aquisição da propriedade por usucapião decide a lei do país onde a coisa estiver situada no momento em que se completar (de acordo com esta lei, como bem se deixa ver) o prazo prescricional. E deve tomar-se em conta o tempo durante o qual o objecto foi possuído no país da sua anterior situação. Isto, pelo menos, se assim resultar, por interpretação, dos preceitos que na actual *lex situs* regem a prescrição aquisitiva. É que (como observa VENTURINI, *op. cit.*, p. 21) a questão que se levanta aqui não é propriamente a de delimitar a esfera de aplicação de dois estatutos sucessivos, mas a de apurar que consequências atribui o novo estatuto a uma situação factua (a posse) que se estabeleceu e existiu no estrangeiro, e ainda quais as suas condições de relevância.<sup>2</sup>

Esta solução (afastada a de confiar à anterior *lex rei sitae* — precisamente por já ter cessado a conexão entre ela e a coisa — o julgamento da situação tal como se apresenta actualmente) justifica-se materialmente por ser a mais adequada para realizar os objectivos que o instituto da prescrição aquisitiva colima: pôr cobro às situações de incerteza quanto à pessoa do titular da propriedade, promover a paz social.<sup>3</sup>

16. c) Como dissemos, o novo estatuto aceita a coisa com a condição jurídica que lhe tiver sido dada pelo anterior. Logo, da validade de uma aquisição *a non domino* anterior à deslocação da

---

<sup>1</sup> KEGEL (*IPR*, p. 330-331) chega à mesma conclusão, mas porque entende dever considerar-se que a vontade das partes quanto à transferência do direito real (legalmente presumida a partir do facto da compra e venda) se mantém. É, pois, desnecessária a renovação formal do acordo. No mesmo sentido VENTURINI, *Int. Encyclopedia*, *est. cit.*, p. 23, *in fine*. Esta doutrina parece ser a melhor, salvo o caso de a nova lei submeter o acordo a especiais formalidades.

<sup>2</sup> Ponto este, aliás, duvidoso.

<sup>3</sup> VALLADÃO, *loc. cit.*, p. 163.



coisa julga a precedente l. r. s. Se perante esta lei o adquirente se não tornou proprietário, como tal não poderá ser considerado só porque o objecto deu entrada num país à face de cuja lei a aquisição seria válida.<sup>1</sup>

No entanto, pode suceder que a actual *lex situs* atribua ao simples facto da posse valor de título de propriedade — como acontece em França:<sup>2</sup> “en fait de meubles, la possession vaut titre” (Código Civil, art. 2.279.º) — e que no caso se verifiquem as condições necessárias para que essa norma se aplique. Sendo assim as coisas, o adquirente poderá opô-la ao reivindicante (o proprietário desapossado), segundo o entendimento da jurisprudência francesa. Todavia, vários autores pronunciam-se em sentido contrário (NIBOYET, DESBOIS). BATIFFOL (que parece aprovar aquela orientação) dá-lhe por fundamento justamente a razão de que a lei francesa atribui consequências de direito — a consequência da aquisição da propriedade — ao simples facto da posse: “basta que a posse seja exercida em França para que a lei francesa se aplique: é a aplicação da lei nova aos factos posteriores à sua entrada em vigor”.<sup>3 4</sup>

Se o país da nova situação do objecto for Portugal, aplicar-se-á obviamente a regra segundo a qual o possuidor goza da presunção da titularidade do direito (Código Civil, art. 1.268.º, n.º 1).<sup>5</sup>

17. d) Esta referência a uma aquisição *a non domino* levada a efeito num Estado estrangeiro introduz nesta exposição, por associação de ideias, o tema das *expropriações* (eventualmente *nacionalizações*) de que tenham sido objecto no estrangeiro coisas móveis que presentemente se encontram no território do Estado local. *Quid iuris*, se o antigo proprietário (o expropriado) fizer valer neste Estado os seus direitos contra quem tiver adquirido a coisa do Estado expropriante (ou a detenha em nome dele)?

São conhecidos numerosos casos deste tipo. Sirva de exemplo o dos quadros de Picasso. Trinta e sete quadros do célebre pintor,

---

<sup>1</sup> Inversamente, se a aquisição *a non domino* teve lugar num país cuja lei (como é o caso da italiana: Código civil, art. 1.153.º) se basta com a boa fé do adquirente-possuidor, este deverá ser considerado proprietário pelo actual estatuto da coisa.

<sup>2</sup> Vide CARBONNIER, *Droit Civil*, 3, p. 284 e ss.

<sup>3</sup> DIP II, n.º 512.

<sup>4</sup> Segue-se daqui que aquela que de boa fé adquire em França um objecto (um quadro, uma jóia) do mero possuidor faz prevalecer o seu direito sobre o do anterior (legítimo) proprietário, se a coisa retornar ao país do domicílio deste (Inglaterra): CHESHIRE-NORTH, p. 514.

<sup>5</sup> A propriedade só a adquire o possuidor pela usucapião: *supra*, n.º 15 (Código civil, art.os 1298.º e 1299.º).

que haviam sido expropriados em Moscovo em 1918, foram emprestados por um museu russo a um expositor parisiense para figurar numa exposição. Passava-se isto em 1954. Duas filhas e herdeiras do coleccionador expropriado requereram então, em Paris, a apreensão das obras. A apreensão não foi concedida, mas por motivos especiais, que não significam o reconhecimento pelas autoridades francesas de expropriações levadas a cabo no país onde os objectos em causa se encontrassem à data da expropriação: pelo contrário, os tribunais franceses (e designadamente a *Cour de Cassation*) recusaram-se repetidas vezes a reconhecer um direito adquirido em país estrangeiro sobre um móvel do qual o legítimo proprietário havia sido privado, sem contrapartida, por acto da autoridade estadual. O fundamento invocado consistia em ser o reconhecimento desse direito contrário à ordem pública francesa.

Contudo, como refere BATIFFOL,<sup>1</sup> essa orientação modificou-se ante o fenómeno das nacionalizações do após-guerra. Em decisões mais recentes, a *Cour de Cassation* limita-se a exigir que uma indemnização equitativa tenha sido previamente fixada.

Diferentemente dos franceses, os tribunais da RFA só excepcionalmente têm apelado, nesta matéria, para a reserva de o. p. Assim fizeram num caso em que a expropriação, operada na Checoslováquia, abrangera objectos de uso pessoal (máquinas de costura). A regra é, portanto, o reconhecimento das situações de direito privado resultantes da expropriação estrangeira — com a condição de as coisas expropriadas se encontrarem no território do Estado expropriante à data da expropriação.<sup>2</sup>

#### 18. *Fundamento da orientação favorável ao reconhecimento.*

— A expropriação, e bem assim a nacionalização, são prerrogativas do Estado, manifestações do poder soberano, da soberania estatal. Trata-se de medidas através das quais o Estado visa a realização de interesses gerais, com o correspondente sacrifício de interesses particulares; os objectivos desses actos são políticos ou económicos.

Não é evidentemente porque se adira à sua concepção de base que se recomenda (quando se recomenda) o seu reconhecimento — o reconhecimento dos seus efeitos jurídico-privados. O que pode fundamentar esse comportamento são considerações atinentes à *ordem internacional*. O não reconhecimento sistemático de situações consequentes de medidas de expropriação de bens levadas a cabo no estrangeiro causaria dano às relações entre os Estados e poderia comprometer o comércio com o exterior.

<sup>1</sup> DIP II, n.º 523.

<sup>2</sup> KEGEL, *op. cit.*, p. 511.

É manifesto, porém, que a soberania real só pode exercer-se em relação a coisas que a ela se encontrem directamente sujeitas — a coisas que se situem *nos limites territoriais* do Estado; aliás, sairia violado o princípio da igualdade entre os Estados, que postula a liberdade de acção de cada um no espaço que lhe corresponde. É, portanto, fundamental que as coisas expropriadas se encontrassem no território do Estado expropriante ao tempo da expropriação.

Só nesta medida pode admitir-se que o Estado não tenha cometido um ilícito internacional. Se ademais do requisito apontado deve exigir-se ainda que ao expropriado tenha sido paga adequada compensação, constitui ponto assaz duvidoso. Parece mesmo poder dizer-se que da recente prática geral dos Estados (relativa a casos de nacionalizações) apenas resulta o princípio segundo o qual o Estado expropriante *fica sujeito à obrigação de prestar* ao estrangeiro ou estrangeiros expropriados a referida compensação adequada (cujo montante e modos de pagamento são muitas vezes ajustados, em “acordos globais de compensação” — *lump sum agreements* —, entre o Estado autor das medidas de nacionalização e o Estado nacional dos indivíduos ou pessoas jurídicas atingidos nos seus direitos por tais medidas). O que significa que a expropriação de bens isolados, ou a nacionalização de complexos patrimoniais, quando não acompanhadas do pagamento da justa indemnização, *não são feridas de nulidade*, mas dão lugar apenas à sanção da obrigação de prestar a correspondente compensação.<sup>1</sup>

19. À luz do exposto, podemos concluir que a doutrina segundo a qual a lei da nova situação da coisa deve reconhecer os direitos sobre esta validamente constituídos ao abrigo da l. r. s. anterior não deixa de se aplicar pelo facto de o direito em questão resultar, directa ou indirectamente, de um acto de expropriação ou nacionalização, contanto que a coisa objecto da medida se encontrasse no território do Estado expropriante ao tempo da prática do acto. Se um terceiro adquiriu do antigo proprietário um dos objectos expropriados, e esse objecto se encontra agora no território do Estado do foro, essa aquisição, como aquisição *a non domino* inválida perante a precedente l. r. s., não deve ser reconhecida.<sup>2</sup> Igualmente, o conflito entre o direito do antigo proprietário e o

---

<sup>1</sup> Vide KEGEL, p. 510, e a exposição “Expropriação de bens estrangeiros ante o Direito internacional” apresentada ao XI Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional (Madrid outubro de 1977) pelo advogado brasileiro, Dr. RENATO RIBEIRO.

<sup>2</sup> Com a ressalva do que se disse acima, p. 46-47.

da entidade expropriante (ou o do terceiro a quem esta o transmitiu) resolve-se contra aquele.

Se como forma de se apropriar dos bens sociais o Estado da sede de uma sociedade anónima ou por quotas nacionaliza as acções ou quotas dos seus membros, a doutrina dominante na RFA defende que a expropriação só produz efeitos no estrangeiro relativamente aos bens situados no território do Estado expropriante. Doutro modo, a autoridade *expropriante* lograria apoderar-se de bens existentes em país estrangeiro, o que estaria contra o princípio que está na base do reconhecimento extraterritorial das expropriações.

Daqui resultará o desdobramento da sociedade (teoria do desdobramento ou da cisão). Passará a existir uma sociedade com novos membros no país da expropriação — e um património limitado aos bens existentes nesse país — e outra sociedade com os antigos sócios no Estado estrangeiro onde a primitiva pessoa jurídica possuía uma parte do seu activo.

Do mesmo modo, a dissolução coactiva de uma sociedade de pessoas ou de capitais, ditada por motivos políticos ou económicos, não terá efeito em relação à parte do património social situada fora do território do Estado da respectiva sede.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, se a forma de intervenção coactiva do Estado na esfera social consistir na revogação dos poderes de disposição dos seus administradores ou gerentes, passando aqueles poderes para indivíduos nomeados pela autoridade pública: a legitimidade dos novos representantes da pessoa colectiva para dispor dos bens sociais não será reconhecida num país estrangeiro em relação a bens aí situados.<sup>1</sup>

20. e) Questão diferente da que temos vindo a considerar — a dos direitos constituídos sobre a coisa antes da deslocação — é a do conteúdo desses direitos (e correspondentes deveres). Esta questão é resolvida, *ex nunc*, pelo novo estatuto. O mesmo se diga quanto às condições de que dependa, sob a nova *lex situs*, a persistência de um direito validamente constituído segundo a l. r. s. anterior.

Assim, p. ex., uma *reserva de propriedade* estipulada verbalmente ou por escrito ao abrigo desta lei é ineficaz em relação a terceiros, se o novo estatuto sujeita a registro a eficácia da estipulação, enquanto a ele se não proceder.<sup>2</sup> Um *penhor contratual* (i. é, não acompanhado de posse), válido e eficaz à face da anterior l. r. s., perde a sua eficácia se o objecto empenhado é levado

<sup>1</sup> Sobre os últimos problemas versados, cf. KEGEL, p. 513 e segs.

<sup>2</sup> Outros entendem que a reserva caduca: B. MACHADO, p. 381.

para um país cuja ordem jurídica só conhece a figura do penhor com entrega da coisa ao credor (é que, segundo esta lei, a posse do objecto constitui, não apenas um requisito de constituição, mas uma condição de existência — de perduração — desse direito real de garantia).<sup>1</sup>

#### § 4.º

*Disposições da l. r. s. não Pertencentes ao Estatuto Real, todavia de Aplicação Necessária no Estado da Situação da coisa, dada a Natureza dos Objectivos visados.*  
*Princípio da Maior Proximidade*

21. Segundo tendência bem fortemente desenhada do DIP contemporâneo, devem em certas condições ser tomadas em conta disposições de uma lei que não é a declarada aplicável pela regra de conflitos da *lex fori*, em virtude de serem elas normas de aplicação necessária, dados os interesses que visam salvaguardar, no Estado em cujo ordenamento se inserem.

Disposições desta natureza podem justamente deparar-se-nos na l. r. s., *sem todavia integrarem o estatuto real*, tal como este conceito é geralmente entendido; facto que provocaria, *in limine*, a sua inaplicabilidade. Integram-se, antes, no estatuto da sucessão, no dos bens dos cônjuges, etc.

Assim, a *lex fori* concebe um conjunto de bens e direitos, como, p. ex., a herança, unitariamente, e por isso manda-o regular por uma única lei, a lei pessoal do *de cuius* (seja a *lex patriae* ou a *lex domicilii*). No entanto, alguns dos elementos da universalidade estão situados num país onde constituem um património separado, sujeito, por motivos políticos, de política económica ou razões semelhantes, a um regime especial de direito material, um *ius singulare*. Era o caso dos morgados do antigo direito português, de figuras como o casal de família e análogas. O titular dos bens tinha poderes de disposição limitados, por acto entre vivos ou *mortis-causa*, quando não estava mesmo deles privado.

Na medida em que tais figuras ainda existam em sistemas jurídicos da actualidade, a regulamentação especial a que *a lei da respectiva situação* sujeita os referidos complexos patrimoniais *deve prevalecer sobre a da lei pessoal* — apesar de não estar aqui em causa o regime da propriedade. É que se trata nesses casos (que serão hoje raríssimos: a espécie está em vias de extinção) de patrimónios dentro de um património, de bens *separados* dentro do

<sup>1</sup> BATIFFOL, t. cit., n.º 511, nota.

património geral do titular, bens *unificados* pela sua *afecção* a determinado escopo, de onde justamente decorre a natureza especial do regime que lhes é aplicável; por seu turno, aquela afectação e este regime inspiram-se em motivos de interesse público, que os tornam absolutamente inderrogáveis para o respectivo Estado (o da situação dos bens).

Reconhecer o peso dessas razões (as ponderosas razões de política social e económica que estejam na base de instituições como, p. ex., o casal de família, ou a atribuição a um coherdeiro de uma exploração agrícola, como se encontra prevista por lei especial na Alemanha: KEGEL, p. 186) é admitir implicitamente a aplicabilidade das normas por elas ditadas (sem excepção da que diga respeito à transmissão *mortis-causa* dos bens) — é reconhecer, nessa medida, a competência da *lex situs*.

À luz da doutrina a que me referi no começo deste parágrafo — doutrina que a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais sancionou (art. 7.º) e a que adere o recente Projecto de uma Lei federal suíça relativa ao direito internacional privado e processual (art. 18.º) — a conclusão enunciada não parece de molde a inspirar dúvidas. Por sobre a sua razoabilidade, outra consideração ainda depõe no mesmo sentido, como já vamos ver.

22. Conforme opinião geralmente seguida na Alemanha, em face do preceito do art. 28.º da EGBGB,<sup>1</sup> a lei declarada aplicável a certa universalidade de bens (seja ainda a herança) deve abdicar da sua competência em favor da lei da situação dos imóveis, sempre que esta lei reivindique na espécie uma competência exclusiva. Assim, p. ex., em França — posto que a natureza mobiliária ou imobiliária dos bens nenhum relevo assumam no plano do direito sucessório material<sup>2</sup> — o DIP vigente distingue entre uns e outros bens, para submeter a sucessão nos móveis à lei do último domicílio do hereditando e a sucessão nos imóveis à l. r. s. Nestes termos, sendo alemão o autor da herança e havendo bens imóveis situados em França, o direito alemão só regerá quanto à devolução hereditária dos móveis, havendo que aplicar à devolução dos imóveis a lei francesa.

1 “Os preceitos dos artigos ... (relativos às relações patrimoniais dos cônjuges, às relações entre pais e filhos legítimos, às sucessões por morte e ao reenvio) não são aplicáveis a objectos que não se encontrem situados no território do Estado cujas leis são competentes por força daqueles preceitos e que, segundo as leis do Estado da situação, estejam sujeitos a disposições especiais.”

2 Ao contrário do que sucede ainda hoje em alguns Estados dos EUA.

A esta doutrina — que ZITELMANN formulou, em 1911, da seguinte maneira: sendo um conjunto de bens ou direitos concedido unitariamente, há no entanto que distrair da universalidade os elementos que a ela não pertençam segundo o estatuto que os domina: *Einzelstatut bricht Gesamtstatut* (o estatuto do todo cede ao estatuto da parte) — veio a dar-se o nome de doutrina ou princípio da *maior proximidade*.

23. Acaso deverá levar-se tão longe a idéa da prevalência do estatuto real sobre o estatuto da sucessão ou análogos?

Vejamos qual o fundamento da concepção referida em último lugar.

Esse fundamento consiste na consideração de que, se os tribunais locais decidem um pleito hereditário, ou um litígio atinente às relações patrimoniais entre cônjuges, etc., segundo os princípios da lei pessoal, ignorando os preceitos da l. r. s., sendo que esta lei se considera exclusivamente aplicável na matéria, aquela decisão estará antecipadamente condenada a não passar de letra morta: a não passar de um *fiat iustitia* talvez eloquente, todavia perfeitamente inoperante. Pois em que outro Estado, senão o da situação dos imobiliários, aspira tal decisão a produzir os seus efeitos úteis? A sua eficácia dependerá, portanto, do seu reconhecimento naquele Estado. Mas esse reconhecimento, por seu turno, exigirá em regra que a sentença se haja conformado com os preceitos da l. r. s.

A argumentação poderá ser impressionante, mas está longe de ser decisiva.

Começa logo porque a preconizada abdicção perante a l. r. s., nos termos expostos, não garantirá o *exequatur* da sentença no país da situação dos imóveis. Com efeito, é natural que esse Estado — já que de bens imóveis se trata — reserve de um modo exclusivo para os seus tribunais a competência jurisdiccional na matéria. Como também poderá ocorrer, ao invés, que o mesmo Estado não sujeite em geral o reconhecimento das decisões de tribunais estrangeiros à condição de terem estes julgado em conformidade com os preceitos do sistema de direito considerado competente pelas regras de conflitos da *lex fori*. E quando esta condição seja na verdade exigida, os adeptos da doutrina em exame deveriam então preconizar (o que geralmente não fazem) o respeito da *lex situs* seja qual for o título por que esta lei se julgue aplicável. Deveria bastar o facto de ela se considerar competente (como *lex domicilii*, se para a *lex fori* o direito competente, no caso, é o do Estado nacional; como *lex patriae*, se para a lei do foro o direito aplicável é o do país do domicílio).

Eis por que o princípio da maior proximidade ou da efectividade das decisões,<sup>1</sup> sem embargo da base realista de que arranca, me não parece de aplaudir.

A única forma apropriada e coerente de lhe dar consagração legal seria aquela que o último anteprojecto do Código civil português (capítulo dos conflitos de leis) acolhia: "Se uma decisão a proferir por um tribunal português, em matéria de relações patrimoniais entre os cônjuges, entre pais e filhos e adoptante e adoptado, e ainda de sucessões por morte, só puder produzir qualquer efeito útil através do seu reconhecimento no Estado da situação de um imóvel, o tribunal observará os princípios de DIP vigentes nesse Estado, se tanto for *necessário* e *suficiente* para assegurar aquele reconhecimento."

Teoricamente, esta fórmula era correcta; praticamente, era de molde a causar graves embaraços ao órgão de aplicação do direito. Foi certamente por isso que o legislador não aceitou a sugestão. No actual Código civil português, encontramos apenas dois afloramentos da doutrina da maior proximidade ou da efectividade das decisões: um está no art. 47.º, já citado e sucintamente comentado, relativo à capacidade para constituir e transmitir direitos reais; outro no art. 17.º, n.º 3.º, que trata do reenvio (reenvio de 2.º grau ou transmissão de competência).

---

<sup>1</sup> Princípio que foi sancionado por duas Convenções da Haia de princípios do século: a de 12/6/1902 e a de 17/7/1905.