Ensaio sobre o problema da delimitação da lei processual e da lei substantiva no âmbito do direito internacional privado europeu

Autor(es): Ribeiro, Geraldo Rocha

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39862>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_14

Accessed : 26-Apr-2023 14:23:17

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo III

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

ENSAIO SOBRE O PROBLEMA DA DELIMITAÇÃO DA LEI PROCESSUAL E DA LEI SUBSTANTIVA NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEU

I. O problema

O problema da delimitação entre a lei processual e a lei substantiva resulta do conflito entre as funções de gestão da justiça que são de competência exclusiva do Estado do foro e os interesses privados inerentes à justiça do DIP. A existência de interesses distintos entre a escolha do foro competente e a determinação da *lex causae* coloca o problema dos limites da aplicação da lei estrangeira e da lei processual do foro em matéria relevantes como o direito probatório e as presunções legais ¹.

No âmbito da Convenção de Bruxelas, o TJUE concluiu que a qualificação sobre a natureza processual ou substantiva depende da *lex fori*, sendo esta competente para regular as

¹ Cfr. Bernard AUDIT, *Droit International Privé* (Paris: Economica, 2008), p. 368. Sobre as posições que fundamentam a soberania da *lex fori* a respeito do direito processual ver Richard GARNETT, *Substance and Procedure in Private International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 10 e seguintes.

questões processuais ². Todavia, esta solução apresenta dificuldades e riscos quanto à aplicação harmoniosa do direito da União, uma vez que há divergências que *a latere* podem frustrar a desejada uniformização da competência jurisdicional e do direito de conflitos. Em particular quando as matérias do direito de prova e direito processual foram excluídas do âmbito de competência dos Regulamentos Roma I e II, ficando por responder como se acautela o princípio do primado do direito da União se o critério de resolução entre direito processual e direito substantivo resultar de soluções nacionais.

Em princípio este conflito não ocorrerá por força da delimitação uniliteral operada pelos regulamentos e pela defesa de uma interpretação autónoma dos conceitos jurídicos ³. De facto, o carácter autónomo dos conceitos bem como os princípios e liberdades fundamentais tanto podem estender como limitar a competência da *lex fori*.

Assim a interpretação dos conceitos utilizados nos artigos 1.º, n.º 3 de Roma I e Roma II, quanto ao processo e prova, têm um significado decisivo porque algumas regras podem constituir limites práticos à eficácia dos regulamentos. Daí a necessidade da interpretação não ser determinada por cada Estado-membro, mas pela construção de um conceito autónomo ^{4 5}, tanto mais que tem sido difícil para a doutrina

² Cfr. Acórdão Hagen v Zeehaghe, C-365/88, §§ 18-19.

³ Sobre a interpretação autónoma ver Mathias AUDIT, "L'interprétation Autonome Du Droit International Privé Communautaire," *Journal du Droit International*, no. 3 (2004).

⁴ De forma geral ver, já citado, Acórdão Corman v Hauptzollamt Gronau: em princípio a ordem comunitária não pretende definir os seus conceitos em analogia a uma ou várias ordens jurídicas nacionais a não ser que isto tenha sido expressamente previsto (C-64/81 §8).

⁵ Stefan Grundmann defende a necessidade, ainda que se referindo ao DIP interno, à regulamentação especial quanto à determinação das regras de qualificação direito material-direito processual cfr. Stefan GRUNDMANN,

e para os sistemas nacionais erigir uma distinção clara entre direito substantivo e direito processual ⁶.

No entanto, esta tarefa — de construção de conceitos autônomos — é difícil porque não há indícios de desenvolvimento de uma noção do que são matérias de natureza processual no direito da União.

Na ausência de uma regra expressa, a resposta ao problema será feita de forma casuística em função da justiça do caso concreto. Vale por isso, e ainda, uma aproximação funcional à distinção ⁷. Por exemplo, o artigo 12.º Roma I, bem como o artigo 15.º do Roma II abarcam algumas matérias que, apesar de para muitas jurisdições serem de natureza processual, compete a *lex causae* regular. Um desses casos diz respeito à natureza jurídica da prescrição pelo direito inglês ⁸. De forma semelhante acontece com o artigo 18 Roma I e o artigo 22 Roma II, ao classificarem o ónus da prova como a questão de direito material. Esta opção resulta da função essencial que o ónus da prova desempenha para o reconhecimento de um direito — o que entre nós é denominado de «direito proba-

Qualifikation gegen die Sachnorm: Deutsch-Portugiesische Beitrage zur Autonomie des Internationalen Privatrechts (München: Beck, 1985)., p. 103.

⁶ Sobre a evolução nos países de *common law* ver GARNETT, pp. 16-37. Como nota Martin Illmer a questão é colocada, pelo menos nos sistemas continentais, não no plano de princípios, mas como categorias pré-dadas pelo sistema (cfr. Martin ILLMER, "Neutrality Matters — Some Thoughts About the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law," *Civil Justice Quarterly* 28, (2009)., pp. 240-241).

⁷ Cfr. Erwin SPIRO, "Forum Regit Processum (Procedure Is Governed by the Lex Fori)," *International & Comparative Law Quarterly* 18, no. 4 (1969)., p. 951.

⁸ Cfr. ILLMER, "Neutrality Matters — Some Thoughts About the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law.", p. 241.

tório material» — e não tanto com a regra de competência dos poderes jurisdicionais das autoridades do foro.

Todavia, apesar dos casos ora descritos, ainda não é certo que se possa partir para a determinação de uma regra geral. Tanto mais que se defende, ainda, a soberania dos Estados-membros na regulação processual interna ⁹. A este respeito Martin ILLMER refere que os artigos 1 n.º 3 de Roma I e Roma II se fundam num conceito autónomo de direito europeu processual, ao contrário do artigo 12, n.º 1 c) Roma I e do artigo 15.º d) Roma II que se baseiam nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal do foro através do seu direito processual ¹⁰. Ainda assim, a determinação do âmbito de aplicação do direito competente permite deslindar, ainda que pontualmente, as fronteiras entre a competência da lei do foro em matéria processual, deslocando o problema da qualificação, para a determinação do âmbito de competência da *lex fori* e da *lex causae* ¹¹.

Como forma de integrar a lacuna regulativa a respeito da natureza processual ou substantiva das normas, é possível recorrer ao método de direito comparado para definição de um critério geral; em alternativa procurar soluções de base casuística ¹², ou ainda, proceder à regulamentação da competência em função da lei aplicável (*lex propria in forum proprio*). Contudo, como refere Clemens TRAUTMANN, este problema

⁹ Cfr. Clemens TRAUTMANN, *Europäisches Kollisionsrecht und Ausländisches Recht im Nationalen Zivilverfahren* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011)., pp. 282-283. O autor considera que a exclusão expressa destas matérias pelos artigos 1.º, n.º 3 de Roma I e Roma II coloca estas questões fora do âmbito de competência da União.

¹⁰ Cfr. Martin ILLMER, "Neutrality Matters — Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law.", p. 249.

¹¹ Cfr. *ibid.*, p. 242 e GARNETT, p. 37.

¹² Cfr. TRAUTMANN., p. 283.

não consegue ser solucionado de forma satisfatória, nem através de uma congruência legislativa a ser criada entre regras de competência e regras de conflitos, nem através do não exercício de uma dada competência, por recusa de aplicação de lei processual estrangeira ¹³.

Ainda assim, no que toca à concepção tradicional, a operação de qualificação da questão como substancial ou processual caberá, por regra, à *lex fori* ^{14 15}. As razões para que assim seja assentam numa ideia de boa administração de justiça, pois é mais fácil para o tribunal aplicar a lei que conhece e que se coaduna com a sua organização judicial ¹⁶. Para além deste

¹³ Cfr. *ibid.*, p. 281.

¹⁴ Segundo Peter North e James Fawcett: "One of the eternal truths of every system of private international law is that a distinction must be made between substance and procedure, between rights and remedy. The substantive rights of the parties to an action may be governed by a foreign law, but all matters appertaining to procedure are governed exclusively by the law of the forum" (cfr. Peter NORTH; James FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, 13th edition ed. (London-Edinburgh-Dublin: Butterworths, 1999)., pp. 67-68). Ver ainda SPIRO, "Forum Regit Processum (Procedure Is Governed by the Lex Fori).", p. 950.

¹⁵ Neste sentido já afirmou o TJUE, ainda que enquanto *obiter dictum* C-365/88 (Kongress Agentur Hagen GmbH) §19. Esta posição foi reiterada pelo TJUE, mas agora com uma argumentação mais desenvolvida e à luz da Convenção de Bruxelas, concluindo que caberia à lei processual nacional de cada Estado definir o seu âmbito de aplicação no que diz respeito ao conceito de litispendência, quando não existisse um conceito de aceitação comum e/ou uniforme entre os Estados-membros (cfr. C-129/83 (Siegfried Zeiger), §§ 15, 16 e 17. De alguma forma, o TJUE deixa claro que o recurso à qualificação pela *lex fori* só é possível de forma subsidiária, enquanto meio de suprir a impossibilidade de construção um conceito uniforme.

¹⁶ A respeito do argumento da boa administração da justiça ver, entre outros, Janeen M. CARRUTHERS, "Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages," *International and Comparative Law Quarterly* 53, no. 3 (2004)., p. 692 e GARNETT, pp. 10-12.

argumento, avança-se ainda com o carácter público da lei processual e com uma ideia de justiça natural que defende que o juiz apenas pode aplicar a sua lei processual ¹⁷. Outros argumentos chamados à colação prendem-se com a ideia de igualdade de tratamento entre casos puramente internos e casos internacionais e o interesse das partes na previsibilidade da lei processual aplicável ¹⁸.

Destarte, caberia à lei do foro determinar o âmbito de competência da sua própria lei quanto às questões processuais, logo seria em função da sua lei que se traçariam *a contrario* os limites da *lex causae* ¹⁹. Contudo há limites à soberania da lei do foro impondo-se outras soluções para a determinação e qualificação das normas processuais e substantivas e que iremos em seguida tratar. Tanto mais que se torna necessária a pré-determinação de um critério de delimitação com vista a conter a tentação *lexforizante* da lei. Como refere Janeen CARRUTHERS a delimitação deve ser feita tendo por base uma solução de compromisso que não seja auto-limitadora, nem auto-expansionista ²⁰, antes assente na *ratio* que leva à distinção e fixação de critérios para a competência jurisdicional e para a lei aplicável, tendo presente que o valor da certeza e segurança jurídica promovidos pela integração europeia tenderão a ser favoráveis a uma solução uniforme quanto à qualificação dos conceitos jurídicos de forma a assegurar a sua autonomia, seja qual for o Estado-membro competente. De acordo com Paul NEUHAUS as regras sobre competência e as regras sobre

¹⁷ Cfr. CARRUTHERS, "Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages.", p. 693.

¹⁸ Cfr. GARNETT, pp. 12-13.

¹⁹ Sobre as várias posições quanto ao critério de distinção ver CARRUTHERS, "Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages.", pp. 694-696.

²⁰ Cfr. *ibid.*, p. 710).

conflitos de lei visam prosseguir uma justiça e fins próprios que não podem ser trocados, nem confundidos ²¹. Isto significa que, não se podendo assegurar a convergência entre competência e lei aplicável, apenas pela autonomização dos conceitos é que se poderá assegurar a uniformidade do direito da União e correspondentes efeitos.

II. Soluções possíveis

(i) Visão integrada da competência e lei aplicável

(a) As doutrinas da correlação *forum-ius* e o *forum non conveniens*

Uma das vantagens apontadas para a correlação *forum-ius* prende-se com a facilidade que se confere à resolução de problemas de qualificação e averiguação do direito aplicável. Um dos autores que levou ao extremo a importância de se determinar a competência e em função desta a lei aplicável foi Albert EHRENZWEIG. Este autor articulou como fórmula para os conflitos de lei o critério metodológico *lex propria in forum proprium* partindo de uma *policy-interest analysis* (tomando como ponto de partida a tese de Brainerd CURRIE da *governmental interest analysis* ²²).

²¹ Cfr. Paul Heinrich NEUHAUS, "Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht," *RabelsZ* no. 20 (1955)., p. 201.

²² Como nota EVRIGENIS a crítica de EHRENZWEIG tem como principal destinatário o método europeu de DIP e não tanto o americano Cfr. Dimitrios EVRIGENIS, "Regards sur la Doctrine Contemporaine de Droit International Privé.," in *Multitudo Legum Ius Unum (Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag)*, ed. Josef Tittel und den Mitarbeitern des Instituts für internationales und ausländisches Recht an der Freien Universität Berlin (Berlim: Inter-Recht, 1973)., p. 275.

EHRENZWEIG promove a primazia da lei do foro como resultado da competência jurisdicional. A determinação da competência seria o momento chave para a resolução dos conflitos plurilocalizados. Isto significa que a aplicação de lei estrangeira, como *lex causae*, teria um carácter excepcional reservada às situações em que a lei do foro se tenha *autolimitado* na sua aplicação ou que as partes tenham, no exercício lícito da sua autonomia conflitual, afastado a aplicação da lei do foro em favor da lei estrangeira. Daí ser essencial garantir que a competência jurisdicional seja atribuída em função da existência de contacto substancial com as partes ou os factos. Isto porque a supremacia da *lex fori* resulta da sua especial localização espacial para conhecer, apreciar e decidir o litígio. Revendo o seu pensamento e introduzindo-lhe uma *maior sofisticação* ²³, podemos desenhar toda a sua proposta atendendo à fundamentação da *preferência* da lei do foro na regulação das situações plurilocalizadas.

A proposta metodológica de Albert EHRENZWEIG, ao contrário da de Brainerd CURRIE, não se mostra hostil à utilização de regras de conflitos, antes aceitando-as, independentemente da sua fonte. Todavia subordina o problema da lei aplicável à determinação do foro competente, reservando um funcionamento subsidiário para as regras de conflitos. Isto porque a base do seu método assenta na análise da *policy* da regra material do foro para determinar a relevância e âmbito de aplicação da lei estrangeira ^{24 25}. Assim, a concepção de

²³ Expressão usada por Rui Manuel Moura RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (Coimbra: Almedina, 1991), p. 106.

²⁴ Cfr. EVRIGENIS., p. 277.

²⁵ Na comparação entre as teses de CURRIE e EHRENZWEIG constatamos que, apesar do ponto de partida comum — análise da *policy* das normas materiais — para este autor a análise se circunscreve à *policy* da lei do foro e não à lei estrangeira. Posição diferente tinha CURRIE, para

justiça da lei do foro seria o critério decisivo para aferir e fundar em concreto o afastamento da lei foro e consequente aplicação da lei estrangeira. No entender de Albert EHRENZWEIG só nas situações de *verdadeiro conflito* nas quais a lei do foro não tem interesse em se aplicar é que poderemos falar da necessidade de escolha de lei.

Dáí não ser estranho chegarmos à conclusão que para este autor o conflito de leis tivesse *ab initio* uma relevância limitada. Elegendo-se como principal problema a fixação da sede do foro, o autor procede a um esvaziamento do sentido de conflito de leis, para afirmar que, uma vez fixada a competência, naturalmente se aplicaria a lei do foro (quer por força da *policy* das normas materiais do foro, quer porque a questão assume, perante a lei do foro, natureza processual). Apenas subsidiariamente se admitiria o recurso à lei estrangeira e se tal resultasse das regras de conflito expressas ou implícitas previstas (*inchoate rules of choice*). Estaríamos no domínio a que EHRENZWEIG denominou da *lex certa*.

A prevalência da lei do foro resultava da regra *forum rule by non choice* enquanto decorrência natural: a lei do foro por força da autolimitação expressa ou tácita das suas regras materiais ou da *policy* subjacente a estas. Tratam-se de situações em que o ordenamento do foro exclui qualquer consideração de uma eventual aplicação de lei estrangeira. O autor caracterizou estas situações como aquelas em que o julgador está impedido de procurar uma solução à luz de lei estrangeira (*preclude us from looking abroad*). Englobam-se ainda nesta categoria as normas de carácter processual, as que não admitem concorrência com outras leis (p. ex. a ordem pública), a existência de *standards of justice* que compõem o conceito de

quem o âmbito de aplicação da lei estrangeira estaria dependente da sua *policy*. Ou seja, o objeto da análise da *policy* é diferente.

*moral data*²⁶, a identificação e interpretação de certos elementos factuais que afastem qualquer ideia de conflito e, ainda, a vontade das partes em que seja aplicada a lei do foro. Incluem-se ainda no domínio da *lex certa*, como vimos, as situações cuja *lex causae* (seja lei do foro ou estrangeira) é determinada por regras de conflitos. Estes podem resultar da previsão legal expressa (como exemplos temos a lei pessoal quanto ao estado das pessoas, a *lex rei sitae*, a autonomia conflitual) ou de precedentes judiciais (*inchoate rules*)²⁷.

Não havendo uma *lex certa* caberá ao tribunal, a *partir da análise das normas materiais do foro*, determinar o âmbito de aplicação da sua lei e eventual aplicabilidade da lei estrangeira. É determinante que uma das partes procure afastar, no caso, a aplicação da lei do foro, pois se houver concordância estaríamos no domínio da *lex certa*. Segundo EHRENZWEIG, no domínio da *lex incerta* o problema da lei aplicável seria resolvido — uma vez afastada a competência da lei do foro por não se encontrar a situação *sub judice* no âmbito da *policy* da norma do foro — pelo estabelecimento da analogia entre a *policy* do foro e a *policy* lei estrangeira. Ainda que a situação não se encontrasse a coberto da lei do foro, a qualificação da situação de facto e de direito resultaria da relevância dada por aquela e da equivalência de interesses protagonizada pela lei estrangeira. Como se pode concluir, para EHRENZWEIG, o tribunal fará depender a aplicação da lei estrangeira da análise da *policy* da lei estrangeira, pois a aplicabilidade desta resulta não da delimitação operada pelo ordenamento onde se insere, mas pela consonância com a *policy* do foro. Por isso dizemos que o autor funda a aplicação da lei estrangeira através da

²⁶ Para Dimitrios EVRIGENIS estes standards incluem-se na noção tradicional de ordem pública (cfr. EVRIGENIS., pp. 283-284).

²⁷ Para exemplos destas ver RAMOS., p. 113.

bilateralização do campo de aplicação da lei do foro a que chama *bilateral* ou *bifocal interpretation*. A *policy* do foro opera não só na definição unilateral do âmbito de aplicação das leis do foro no âmbito da *lex incerta* como igualmente impende na determinação da aplicação da lei estrangeira quando suceda uma comunhão de *policy* entre a lei do foro e aquela ²⁸.

Inexistindo homocatalexia entre a norma estrangeira e a *policy* da norma material do foro, defende EHRENZWEIG a aplicação da lei do foro a título residual. Ora, esta aplicação residual pode provocar insegurança jurídica pelo facto de nenhuma das partes contar com a sua aplicação, bem como promover a procura, por uma das partes, do melhor foro para os seus interesses individuais, ou seja existe um risco de *forum shopping*. Como forma de rebater estas críticas, o autor realça a importância de se determinar qual o *forum proprium* para decidir o litígio. É necessário que o tribunal faça um juízo de oportunidade e conveniência da sua jurisdição tendo em conta a maior ou menor conexão espacial com a situação de facto e de direito, pois o primado do *lex fori* resulta da premissa que o tribunal competente seja o *forum conveniens* para apreciar o litígio ²⁹. Contudo a preocupação sobre qual é o foro mais adequado para conhecer do litígio não resulta da coordenação entre o foro e a lei como uma *preocupação fundamental*, antes da concepção apologista do *trend to stay at home*. Por isso, a relevância da adequação da competência jurisdicional acaba

²⁸ Cfr. *ibid.*, p. 117.

²⁹ Albert EHRENZWEIG defende que na ausência de regras que delimitem e fundem a competência internacional poderiam as partes alegar, na ausência de escolha do foro, a aplicação de uma *non foreseeable law* (cf. Albert EHRENZWEIG, "Products Liability in the Conflict of Laws — Towards a Theory of Enterprise Liability under «Foreseeable and Insurable Laws», " *Yale Law Journal* 69, no. 5 (1960)., p. 801).

por se sentir nos casos em que a lei do foro se aplica a título residual ³⁰.

A posição actualmente defendida é de maior ponderação e na instrumentalização de tal resultado (de aplicação da lei do foro) só quanto a certas matérias, rejeitando-se aquela tese em geral. É este o sentido do *jurisdictional approach* inglês, que veio dar especial relevância ao momento da competência jurisdicional (ainda que por razões históricas, durante muito tempo, o conflito de leis não tenha sido autonomizado da competência jurisdicional).

Reportando-nos agora à questão da jurisdicionalização no quadro normativo português e comunitário, verificamos que existe um certo paralelismo das ligações para a competência internacional e a lei aplicável. O legislador da União Europeia procede a esta opção quer em sede de competência directa, quer em articulação com as Convenções da Haia.

No caso da protecção de menores verificamos que a lei aplicável será condicionada pelas regras de fixação de competência (artigos 8.º, 61.º e 62.º, n.º 2 Bruxelas IIbis e artigos 15.º, 16.º e 17.º Convenção da Haia de 1996 relativa à protecção de crianças). Esta correlação resulta de considerações práticas e jus-fundamentais de que a melhor protecção da criança é conferida, por regra, pelas autoridades da residência habitual. Assim se evitam os riscos de uma protecção espacialmente diferida e ineficiente. É esta posição que leva à justificação da solução que atribui competência à lei da residência habitual para regular os efeitos *ex lege* das responsabilidades parentais (artigo 16.º Convenção da Haia de 1996). A prevalência da competência do Estado da residência vai-se repercutir na subordinação da competência jurisdicional a outros foros, quer em termos de transferência de competência

³⁰ Cfr. RAMOS., pp. 118-119.

(artigo 15.º Bruxelas IIbis e artigos 8.º e 9.º da Convenção da Haia de 1996), quer na limitação dos efeitos espaciais e temporais das medidas adoptadas à luz de competências exorbitantes (como será a competência jurisdicional onde o menor se encontre presente, situações de urgência ou onde se encontrem bens imóveis do menor, artigos 11.º, 12.º e 13.º da Convenção da Haia de 1996). O critério da correlação *forum-ius* resultante do artigo 15.º da Convenção da Haia de 1996 não prejudica a competência principal conferida à residência habitual. É nesta sede que se compreendem as regras especiais sobre competência a respeito da deslocação ou retenção ilícita (artigo 7.º Convenção da Haia de 1996 e artigo 10.º Bruxelas IIbis). Estas regras permitem blindar a competência originária e consequente determinação da lei aplicável contra os riscos do *forum shopping*.

A necessidade de assegurar uma tutela efectiva também está patente na protecção dos adultos, matéria onde podemos tecer idênticas conclusões. Também encontramos a correlação entre competência e lei aplicável no artigo 13.º com os artigos 5.º e seguintes do Capítulo II da Convenção da Haia de 2000. Neste particular verificamos que, a relevância e âmbito da lei do foro apenas pode ser suplantada pela verificação da cláusula de excepção do artigo 13.º, n.º 2 ou pela manifestação de uma vontade expressa do adulto na outorga de declarações antecipadas de vontade prevista no artigo 15.º Tal como defendia EHRENZWEIG a vontade das partes seria um dos critérios de afastamento do âmbito de competência da *lex fori*.

O mesmo sucede também em sede de protecção da parte mais fraca no caso dos consumidores e trabalhadores. Através da articulação dos artigos 15.º, n.º 1 e artigo 19.º, n.º 2 do Bruxelas I com os artigos 6.º e 8.º do Roma I, verificamos que é promovida a correlação *forum-ius*. Tal correlação também se verifica em matérias de seguros atra-

vés do artigo 8.º e seguintes do Bruxelas I e o artigo 8.º do Roma I. No que diz respeito a factos ilícitos a correlação é estabelecida entre o artigo 5.º, n.º 3 do Bruxelas I e artigo 4.º, n.º 1 do Roma II.

A respeito da obrigação de alimentos o paralelismo verifica-se numa dupla circunstância. Primeiro por recurso à competência geral atribuída à Estado da residência habitual (artigo 3.º *al. b*) Regulamento 4/2009) com o artigo 3.º do Protocolo da Haia de 2007. Segundo, a partir da materialização, ao se permitir que dentro das competências concorrentes se promova a aplicação da lei do foro como meio de reconhecer o direito a alimentos do credor (artigo 4.º, n.º 2 do Protocolo da Haia)

A vontade das partes também pode ser determinante na fixação da correlação *forum-ius*. Por força da autonomia das partes pode-se afirmar uma competência exorbitante com fundamento naquela (artigo 23.º, 24.º Bruxelas I e artigo 4.º e 5.º do Regulamento respeitante aos alimentos) e consequentemente condicionar a lei aplicável e a escolha do direito (artigo 3.º Roma I, artigo 14.º Roma II e artigo 8.º Protocolo Haia em ligação com o artigo 15.º do Regulamento 4/2009).

Porém, este paralelismo entre competência internacional e a lei aplicável, tem os seus limites, pois entre a questão da competência e aplicação do direito existe uma valoração e uma diferença conceptual decisiva: enquanto o direito de processo civil internacional procura apenas uma relação suficientemente estreita com um foro para poder justificar um tratamento local do caso, havendo em regra até vários *fora* concorrentes que preenchem esta necessidade (pressuposto), o DIP pretende determinar uma única ordem jurídica competente e que está mais próxima do assunto. Existem por isso vários métodos e finalidades distintas entre direito processual internacional e o DIP, pelo que não se pode avançar

com um princípio geral de aplicação indiscriminada. A coincidência faz-se sentir em matérias em que não é indiferente o foro competente. Daí que, *inter alia*, em matéria de divórcio a existência de foros correntes, enquanto meio de assegurar aos interessados o acesso à justiça, conduza à profusão de competências contrapondo às soluções em termos de lei aplicável (artigo 3.º Bruxelas IIbis e artigos 5.º e 8.º Roma III). Assim como a salvaguarda e promoção do interesse das partes se opõe a esta correlação. Muitas vezes a correlação implica a frustração dos específicos interesses da competência internacional: a redução da *oferta* em sede de competência internacional acaba por não levar em consideração o interesse das partes no acesso adequado aos tribunais, bem como acarreta riscos de ficar prejudicada a protecção jurídica do direito ³¹.

Um paralelismo entre foro e direito não é por isso adequado enquanto princípio geral de regulação, sendo certo que o processo de integração tem sido fraccionado, não resultando de forma clara e sistemática — em muito casos apenas como mera coincidência — uma intenção de consagrar a coincidência *forum-ius*, conforme vimos acima. Muitas vezes esta correspondência resulta da consagração de competências concorrentes com vista a assegurar o acesso ao direito ³². Demonstrativo disto é o facto de não se reconhecer competência aos tribunais nacionais para corrigirem as regras de competência em função do caso concreto através do *forum conveniens* e do *forum non conveniens*. Exceptuando os meca-

³¹ Cfr. Jan KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6. neubearbeitete Auflage ed. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006)., pp. 47-48 e TRAUTMANN., pp. 408-409.

³² Cfr. AA.VV., *Brussels IIbis Regulation*, European Commentaries on Private International Law, vol. 2 (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2012)., p. 8.

nismos de transferência de competência previstos para os menores e adultos, nos demais casos de correlação, não pode o tribunal ajuizar da adequação da competência jurisdicional. Os valores de certeza e segurança constituem objectivos dos regulamentos comunitários, em particular do Bruxelas I, onde a previsibilidade da consequência resultante das regras de competência é eleita como crucial (cfr. considerando 11 ³³).

Apesar das críticas, quando tal correlação se verifique, traz consigo a vantagem de resolução dos problemas inerentes à qualificação e averiguação do direito estrangeiro, em particular em matérias cujos processos se caracterizam pela sua natureza graciosa ou de jurisdição voluntária, como é o caso da protecção dos menores e adultos. No entanto, e como foi demonstrado, a conveniência surge como consequência de uma opção feita sobre a jurisdição melhor posicionada para assegurar uma efectiva protecção (ainda que a natureza de jurisdição voluntária dos processos não seja um factor despiciente no estabelecimento de tal paralelismo). A favor desta ideia de correspondência entre competência jurisdicional e lei aplicável já Yves LEQUETTE, nos anos 70 do século passado, defendia que a protecção estadual, quanto à aplicação de medidas de protecção, deveria ser feita através da aplicação da lei interna das autoridades competentes mesmo quando se tratasse de incapazes adultos ³⁴. Verifica-se, deste modo, uma simplificação que acarreta uma maior eficácia e efectividade

³³ Neste sentido ver, *inter alia*, Owens Bank Ltd. v. Fulvio Bracco and Bracco Industria Chimica SpA, (Case 129/92) § 32; Custom Made Commercial Ltd. v. Stawa Metallbau GmbH (Case 288/92) §§ 15, 18; Benincasa v. Dentalkit Srl, (Case C-269/95) § 28; Réunion européenne SA v. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV and Master of the vessel "Alblasgracht 002", (Case C-51/ 97).

³⁴ Cfr. Yves LEQUETTE, *Protection Familiale et Protection Étatique des Incapables* (Paris: Dalloz, 1976)., p. 121.

das medidas aplicadas, garantindo uma melhor protecção para o incapaz. Segundo Antonia DURÁN AYAGO a protecção dos menores e adultos é certamente uma matéria de estatuto pessoal, todavia a evolução jurídica tem descolado a questão da escolha de lei para a determinação da competência internacional. Fragmenta-se aquilo que até então se pugnava com o conceito de estatuto pessoal e sua unidade, por outro meio de protecção, mais eficaz atendendo sobretudo à natureza *publicizante* das medidas legais e judiciais de tutela ³⁵.

Todavia, mesmo a desejável coincidência não é imune a outros interesses e finalidades para além da efectivação da protecção no país da residência do incapaz. Existem mecanismos como a transferência de competência como forma prévia de avaliação e controlo da adequação da competência das autoridades para adopção de medidas através dos mecanismos de *forum non conveniens* ou *forum conveniens* (mas aqui, não num perspectiva estritamente localizadora, mas sim de adequação de protecção material) previstos no artigo 15.º do Bruxelas IIbis ³⁶ e na aplicação de uma lei estrangeira

³⁵ Cfr. A Antonia DURÁN AYAGO, "La Fragilidad Del Estatuto Personal En La Protección De Menores Y Adultos," in *El Derecho De Familia Ante El Siglo Xxi: Aspectos Internacionales* (Madrid: Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2004)., p. 362.

³⁶ Uma variante das doutrinas anglo-saxónicas do *forum conveniens* foi proposta por Jänterä-Jareborg, que pretendia conferir, como cláusula geral, o poder às autoridades de cada Estado-Membro recusar a sua competência quando fosse aplicado a lei de um outro Estado-membro. As razões para atribuição deste poder ao tribunal primariamente competente restringem, na sua essência ao princípio da boa administração da justiça (cfr. Maarit JÄNTERÄ-JAREBORG, "Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective," in *Recueil Des Cours* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2003)., p.323). Pretendia este autor aproximar a concepção europeia à anglo-saxónica, segundo a qual um tribunal pode interromper o processo (*stay of proceedings*) quando o tribunal primariamente competente não é o tribunal apropriado.

(artigo 61.º do *Bruxelas IIbis* em conjugação com o artigo 15.º, n.º 2 da Convenção da Haia de 1996). As soluções não são por isso globais para um sistema que, pelas suas particularidades, reclama soluções diferenciadas consoante os interesses especiais em causa.

(b) *Gleichaufsprinzip*

Como variante das doutrinas de coincidência *forum-ius* temos ainda, com vista a resolver o problema aqui em discussão, a *Gleichaufsprinzip*, que se desenvolveu na doutrina alemã e que parte de uma compreensão mais ampla da posição britânica por recurso ao método inverso no qual se faz derivar a competência judicial da competência legislativa.

Este princípio postula a interdependência entre as duas competências, devendo prevalecer a componente processual e, por isso, acentuando a sua importância na determinação da competência jurisdicional. Esta questão tem particular acuidade quanto são chamadas a intervir autoridades públicas em sede de processos de cariz não litigioso onde há uma forte imbricação entre as normas processuais e substantivas. Tal ocorrerá no domínio das decisões jurisdicionais constitutivas e dos processos de jurisdição voluntária, onde a correlação se mostra adequada, senão mesmo necessária ³⁷.

Pretende-se encerrar estas situações no conceito de *acto de autoridade*, pois as funções exercidas pelo tribunal resultam mais do exercício de poderes de públicos de autoridade do que na realização do direito por critérios de estrita legalidade. Torna-se por isso indissociável a lei competente da lei que rege o processo, em particular porque as decisões resultam de juízos de oportunidade e equidade, integrando um autêntico

³⁷ Cfr. LEQUETTE, p 118.

poder discricionário ³⁸. Encontramos como exemplo desta correlação os instrumentos que regulamentam a protecção de menores já acima mencionados a respeito da doutrina do *forum non conveniens*. Aliás, mesmo antes da intervenção da União já a IX.^a sessão da Conferência de Haia esteve consciente das virtualidades desta teoria quanto à sua aplicação aos menores, mas tal é extensível aos incapazes adultos em geral ³⁹. Desde logo porque as situações são análogas em termos de intervenção das autoridades: a intervenção da autoridades públicas, nomeadamente, do tribunal é frequente, assumindo a natureza de decisões constitutivas aquelas que instituem a interdição ou a inabilitação do incapaz adulto e até mesmo o funcionamento da tutela e da inabilitação é assegurado por actos de jurisdição voluntária, caindo na noção de acto de autoridade ⁴⁰.

Outro argumento aventado prende-se com a estrita relação, já acima mencionada, entre o direito material e o direito processual, uma vez que todo o procedimento de jurisdição voluntária encontra-se desenhado e funcionalizado ao mesmo, esgotando-se os poderes funcionais do julgador no quadro

³⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 117-118. Ainda a este respeito e entre nós ver Nuno Ascensão SILVA, *A Constituição da Adopção de Menores nas Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos*, vol. 49 (Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000).p. 269.

³⁹ Neste sentido LEQUETTE., p. 121.

⁴⁰ A este respeito afirma Werner von Steiger: "En matière de protection des mineurs, il ne s'agit pas, ou en tout cas pas en premier, de décider, et de décider une fois pour toutes, de la question quid iuris. Il s'agit de créer un régime juridique de durée plus ou moins longue, régime constamment à surveiller et appelant souvent des modifications et ceci dans des situations où le plus souvent les faits l'emportent en importance sur les questions de droit" (cfr. Werner VON STEIGER, "La Protection des Mineurs en Droit International Privé," in *Recueil des Cours* (Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1964)., p. 513).

legal do direito material do foro. Aplicar a lei estrangeira neste tipo de procedimento implica investir a autoridade competente em poderes funcionais não previstos pela sua lei processual. Tal solução atinge o interesse público do Estado do foro e que está por detrás da consagração das soluções adjectivas pensadas em exclusivo para o seu direito material e por isso dificilmente compagináveis para aplicação do direito estrangeiro ⁴¹. Também a própria qualificação das funções no procedimento de jurisdição voluntária como administrativas focalizam a questão da definição da competência jurisdicional, havendo autores que qualificam estas matérias como conflitos de autoridade, em que não se aceita a aplicação do direito estrangeiro por um tal se traduzir no exercício de funções administrativas de autoridade.

No âmbito da protecção de menores e incapazes é aceite, de forma geral, que aquela defesa constitui uma obrigação dos Estados, a quem cabe assegurar o seu bem estar. Existe um interesse na execução e efectivação da protecção de pessoas vulneráveis o que leva a considerar a ideia de uma protecção estadual que necessariamente decorre da aplicação da sua lei, enquanto lei do foro, permitindo uma simplificação no processo e na protecção da pessoal.

Ainda assim ter-se-á que equacionar a aplicação da lei estrangeira nestas matérias, quer por representar uma conexão mais próxima, quer porque é aquela que melhor salvaguarda os interesses da pessoa (assim resulta do artigo 15.º, n.º 2 da Convenção da Haia 1996 e artigo 13.º, n.º 2 Convenção da Haia de 2000). Porém, além do limite natural do funcionamento das cláusulas de excepção — princípio de inércia — acresce a coincidência entre o *forum-ius*, quando a aplicação da lei estrangeira resulte do desempenho de funções *radical-*

⁴¹ Cfr. SILVA., p. 270.

mente incompatíveis perante os poderes atribuídos pela lei do foro. Fora destas situações limite, as autoridades nacionais poderão aplicar o direito estrangeiro, se mais próximo, adaptando o regime procedimental ou processual, atentas as características e finalidades do direito processual do foro e as disposições materiais da lei estrangeira ⁴².

(c) Crítica

As aparentes vantagens da correlação *forum-ius* ou mesmo da correlação *forum-legis* não apagam alguns pontos soltos destas teorias. Desde logo porque os processos não deixam

⁴² Partindo de um exemplo dado por Mariel Revillard e adaptado a Portugal: suponhamos que Farida, de nacionalidade tunisina, com 17 anos pretende casar-se com João, português de 21 anos. A idade nupcial para as mulheres, segundo a lei tunisina, fixa-se nos 18 anos, salvo se o tribunal conceder uma autorização especial (art. 5.º) ou se os pais ou representantes legais concederem a autorização (art. 6.º) — ambas as normas do Code de statut personnel tunisino (cfr. Mariel REVILLARD, *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale* (Paris: Defrénois, 2010), p. 57). Neste caso, e respeitando a lei pessoal de Farida (competente à luz do artigo 49.º do Código Civil), para que ela tenha capacidade nupcial para se casar seria necessário obter previamente a autorização dos pais (art. 6.º) ou do tribunal. Caso a mesma não tenha sido conferida pelo estado da nacionalidade, ou decisão a submeter a reconhecimento às autoridades portuguesas, podem as autoridades portuguesas assumir competência para aferirem dos pressupostos legais exigidos pela lei tunisina para conceder a autorização. As autoridades portuguesas têm competência, em virtude de ser o local de celebração do casamento. A competência será definida à luz da lei processual do foro competente, ou seja, à luz da lei portuguesa e o processo será o definido por meio idóneo e adequado a assegurar o direito substantivo tunisino. Assim, serão as conservatórias de registo civil competentes nos termos do artigo 255.º e ss. do Código de Registo Civil, devendo as mesmas pronunciar-se através do Processo de suprimento de autorização para casamento de menores, aplicando para ao efeito a lei tunisina, artigo 49.º CC.

de ser processos jurisdicionais, pelo menos na sua matriz ⁴³, isto, mesmo nas situações em que as competências são des-judicializadas como sucede entre nós com o divórcio por mútuo consentimento que pode correr termos na Conservatória de Registo Civil, ou as competências do Ministério Público no âmbito do Decreto-Lei n.º 272/2001 de 13 de Outubro.

E isto não obstante nos processos de jurisdição voluntária não existir um conflito de interesses como é regra nos processos contenciosos, antes existindo um interesse fundamental tutelado pelo direito ⁴⁴. É por causa e em função deste interesse que se permite à autoridade jurisdicional decidir por recurso a critérios de oportunidade e não de legalidade estrita. Tal permite a profusão de jurisdições ao ser admitida intervenção e decisão de autoridades públicas não judiciais, bem como a existência de decisões não definitivas que não deixam de ser vinculativas e vinculadas ao direito com força obrigatória ⁴⁵. De acordo com Remédio MARQUES a jurisdição voluntária é exercida em função dos interesses dos sujeitos envolvidos ou de situações jurídicas subjectivas que justificam uma especial tutela da ordem jurídica por causa do interesse público reflexo naquelas situações existentes. Daí que, em certas circunstâncias, como sucede na protecção de menores

⁴³ Cfr. Henry MOTULSKY, "Les Actes de Jurisdiction Gracieuse en Droit International Privé," in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* (Paris: Dalloz, 1948-1952), p. 17.

⁴⁴ Sobre a definição e princípio que regem os processos de jurisdição voluntária ver, entre outros Antunes VARELA, J. Miguel BEZERRA, Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil* (Coimbra: Coimbra Editora, 1985), pp. 69-73 e J. P. Remédio MARQUES, *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto (Pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)* (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), pp. 75-80.

⁴⁵ Por isso a decisão a tomar terá de ser após a resolução do problema da escolha de lei (cfr. LEQUETTE., p. 127 e ver ainda RAMOS., p. 190.

e adultos, o tribunal possa mesmo heterocompor os interesses. Voltando a acompanhar o autor acima citado, o conflito submetido à apreciação do tribunal não deixa de ter em conta um certo interesse ou feixe de interesses previstos na lei (p. ex. superior interesse da criança); um certo interesse ou feixe de interesses deixados à livre apreciação do tribunal (p. ex. suprimimento do consentimento) ou permitir o controlo da auto-composição processual das partes (p.ex. homologação de um acordo de apadrinhamento civil) ⁴⁶.

Daí que a correlação *forum-ius* se faça com maior intensidade em determinados domínios onde as finalidades de protecção pessoal são o objectivo da intervenção da autoridade jurisdicional. A “rapidez e a eficácia depende, naturalmente, da relação de estreita proximidade entre a autoridade e a situação” ⁴⁷, o que significa que a correlação *forum-ius* não pode ser um método geral de DIP, uma vez que em outras questões e matérias não há relevo autónomo na verificação de tal coincidência.

Ainda a respeito dos riscos de *forumshopping* apontados à promoção da correlação *forum-ius* não é certo que eles não venham a ocorrer onde não exista tal correlação. Um dos exemplos disso resultou do livro verde relativo ao divórcio promovido pela Comissão Europeia no qual a ausência de um instrumento de uniformização da lei aplicável implica riscos de acesso à justiça e ao direito a extinguir a relação matrimonial (erigido enquanto tal pelo Roma III) ⁴⁸. Sempre se poderá argumentar que tratando-se de questões submetidas a procedimentos de jurisdição voluntária, a natureza não con-

⁴⁶ Cfr. MARQUES., p. 78.

⁴⁷ Cfr. LEQUETTE., p. 132 e Silva., p. 273.

⁴⁸ Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio COM (2005) 82 final, Bruxelas, 14.3.2005 disponível no sítio <www.ec.europa.eu>.

tenciosa deste admite que os interessados procurem o foro que lhes conceda o melhor resultado. Neste sentido nos fala Franco MOSCONI de preço a pagar pela quebra da harmonia jurídica internacional ⁴⁹. Porém a questão tal como é colocada perde relevância quando tal coincidência resulta, as mais das vezes, do movimento convencional protagonizado pelas Conferências de Haia. Nestas, atenta a sua natureza e função, é regulado o reconhecimento das decisões através de regras uniformes e com fundamento no princípio de confiança mútua decorrente da obrigação assumida pelos Estados contratantes ⁵⁰. Inserida no movimento de uniformização do DIP a questão do *forum shopping* não assume tanta relevância, quer porque os seus efeitos são minimizados, desde logo pela consagração do reconhecimento automático, quer pela repartição de competências e requisitos de funcionamento. Foi o que aconteceu com a integração no âmbito das competências da União das questões de direito internacional processual por aprovação dos Regulamentos Bruxelas I e Bruxelas IIbis e com a Convenção de Lugano com Estados terceiros.

Ainda assim, e para determinadas questões, a coincidência *forum-ius* oferece claras vantagens, quando a competência assente numa conexão forte e estável para que o foro se arrogue o poder de legitimamente aplicar a sua lei e de ser esta aquela com que as partes contam.

(ii) Acordo processual (*accord procédural*)

Outra possibilidade para ultrapassar os problemas de qualificação resultantes da dissociação entre foro e *lex causae* seria

⁴⁹ Cfr. Franco MOSCONI "Il Ruolo della Lex Fori nelle Recenti Convenzioni dell' Aja," *Diritto Internazionale: Rivista Trimestrale di Dottrina e Documentazione*, (1965)., p. 273.

⁵⁰ Cfr. Silva., p. 273, n. 489.

permitir às partes determinarem a lei processual aplicável. Trata-se aqui do instituto francês denominado de *accord procédural* ⁵¹. De acordo com Paul LAGARDE o *accord procédural* resultaria de faculdade legal reconhecida pela lei processual e não pela *lex causae* determinada pelas regras de conflitos. A questão é por isso de natureza processual e da disponibilidade que as partes tem sobre o litígio à luz da lei do foro. O que significa que havendo um acordo válido podem as partes dispor da lei competente. Citando aquele autor “l’objet de cet accord est de délimiter le champ d’un litige soumis au juge français et sa validité ne peut dépendre que du droit français” ⁵². O acordo processual não se confundirá com um acordo sobre a questão substantiva da lei competente uma vez que naquele o objecto se restringe ao litígio em questão, quer temporalmente, quer materialmente ⁵³. Ou seja, e como nota Paul LAGARDE, existiria uma faculdade de determinação da lei circunscrita a um determinado litígio judicial pendente desde que os direitos em causa se qualificassem como disponíveis pela lei processual do foro. A autonomia em sentido estrito seria de natureza processual e não conflitual. Por isso pressupõe-se que o acordo seja contemporâneo ao litígio judicial, normalmente aquando do início da instância ou na sua pendência. Pois a disponibilidade da lei aplicável, ao assentar na competência da lei processual do foro pressupõe pela sua natureza os limites do objecto da acção judicial. Daí se falar que só existe um verdadeiro *accord procédural* se ele for tardio

⁵¹ Cfr. Paul LAGARDE, "Cour de Cassation (1er Ch. Civ.), 4 Octobre 1989 (Note)," *Revue Critique de Droit International Privé* 79, no. 2 (1990), p. 316 e seguintes.

⁵² Cfr. *ibid.*, p. 321.

⁵³ Cfr. *ibid.*, p. 322 e Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, "L'accord Procédural à L'épreuve du Temps," in *Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (Paris: Dalloz, 2005), p. 283

(«accord tardif») em relação aos factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito. Pois fora deste âmbito, o acordo sobre a lei aplicável será de natureza substantiva e por isso limitado à disponibilidade conferida pela *lex causae* determinada pela regra de conflitos. No entanto, não obstante a doutrina francesa pretender assentar a força jurisprudencial do acordo na natureza processual do mesmo, a verdade é que as implicações da escolha da lei que regula o processo e o litígio não deixará de se manifestar num acordo sobre a lei aplicável ao fundo da questão surgida *tardivamente* ⁵⁴.

Através deste acordo afasta-se a relevância da *lex causae*, facilitando-se o trabalho do juiz, quer no que diz respeito ao conhecimento do direito estrangeiro (por desnecessidade), quer porque a lei processual e lei substantiva é a mesma. A livre disponibilidade dos direitos permitiria promover o princípio da boa administração da justiça através da autonomia conflitual manifestada pelos interessados ⁵⁵. No entanto o entendimento de que o acordo da disponibilidade de direitos em sede processual seria regido pela lei do foro pressupõe que as regras de conflitos teriam uma natureza facultativa, ou supletiva, e que o acordo procedural serviria de instrumento para a lexforização do problema das relações plurilocalizadas ⁵⁶.

O artigo 7.º do Protocolo de Haia em conjugação com o artigo 15.º do Regulamento a respeito dos alimentos admite a possibilidade das partes celebrarem um acordo a favor da

⁵⁴ Cfr. Dorothee EINSELE, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht," *RabelsZ* 60, (1996).p. 420.

⁵⁵ Cfr. FAUVARQUE-COSSON; *ibid.*, p. 275.

⁵⁶ De acordo com Yves LEQUETTE o único efeito de tais acordos seria permitir às partes "la mise entre parenthèses du règlement de conflit au profit de la seule loi du for" (cfr. Yves LEQUETTE, "L'abandon de la Jurisprudence *Bisbal* (À Propos des Arrêts de la Première Chambre Civile des 11 et 18 Octobre 1988)," *Revue Critique de Droit International Privé* 78, no. 2 (1989)., p. 315)

aplicação da lei do foro, assim assegurando a coincidência *forum-ius*. Poderia ser por esta a via, pela afirmação da autonomia conflitual, que se assegurava o tratamento uniforme entre processo-substância. Segundo TRAUTMANN um dos argumentos a favor desta solução seria o facto de residir na vontade das partes a aplicação da lei do foro, pelo que estaria conforme o seu interesse e simultaneamente promovendo a boa administração da justiça. Indo mais longe, dir-se-ia que existiriam ganhos em termos de eficiência económica e justiça ao conceber o direito conflitual de cada Estado como normas de natureza supletiva ⁵⁷.

Apesar das aparentes vantagens, existem riscos de desprotecção da parte mais fraca quer no que tange à verdadeira liberdade na celebração do acordo, quer porque pode não conhecer o conteúdo da lei do foro. Ainda assim o âmbito do artigo 7.º do Protocolo coloca menos riscos que os existentes para a celebração de um contrato uma vez que se limita à determinação da lei processual, logo não afecta, pelo menos de forma imediata, o «direito subjectivo». O que não sucede no *accord procédural* onde a escolha de lei extravasa a mera questão processual e determina a lei competente para regular a substância da questão *sub iudicio*.

A grande dificuldade residirá nos efeitos perante terceiros e o interesse público da *lex causae* que pode tornar as questões indisponíveis para os interessados. A atribuição às partes de poderes de definirem a lei aplicável implicaria um alargamento excessivo, se não mesmo juridicamente inadmissível, da autonomia conflitual. Nessa medida uma possibilidade de escolha concedida em geral e fundamentada no direito processual da escolha da *lex fori* subverteria os limites da escolha do direito

⁵⁷ Cfr. TRAUTMANN., p. 419. Ver ainda FAUVARQUE-COSSON; *ibid.*; *ibid.*, p. 276.

e colocaria dificuldades interpretativas. Assim, só poderia ser admitido de forma geral tal acordo quando em causa estivessem interesses individuais das partes, ou seja, estando em causa direitos disponíveis ⁵⁸. Até porque, como vimos, no âmbito da protecção da parte mais fraca, tende-se a promover a coincidência *forum-ius* ⁵⁹ e no âmbito dos direitos indisponíveis não é reconhecida autonomia privada (ou a mesma encontra-se fortemente limitada ⁶⁰).

Esta solução, apesar de sedutora, encontra um limitado âmbito de aplicação. Fora dos âmbitos de livre disponibilidade de direitos e nos quais se reconhece uma ampla autonomia conflitual e jurisdicional, pouco contributo dá para resolver o problema de fundo. Em particular porque tal acordo se limitaria ao litígio e porque dependeria do consenso dos interessados que poderia não existir, quando em causa estejam soluções legais ou tendências jurisprudenciais que tendem a favorecer uma das partes. Além do mais, o acordo processual cinge-se a uma matéria em especial cuja solução em termos de conflito de leis passa pela cooperação, mais do que pela integração. O artigo 7.º do Protocolo de Haia não pode ter qualquer pretensão de servir de modelo de solução para o quadro do direito da União Europeia quando a sua regulamentação surge fora do âmbito das competências legislativas directas desta ⁶¹.

⁵⁸ No direito francês onde é reconhecida a figura só no âmbito dos direitos disponíveis é que se admite a celebração de tais acordãos. Cfr. FAUVARQUE-COSSON., p. 275.

⁵⁹ Cfr. TRAUTMANN., p. 420.

⁶⁰ A autonomia privada, mesmo quando reconhecida em domínios do estatuto pessoal, é sempre como um instrumento de concretização da proximidade e não como fim em si (cfr. FAUVARQUE-COSSON., p. 282).

⁶¹ Segundo Clemens TRAUTMANN a UE teve que aceitar o protocolo por não ter possibilidade de fazer uma reserva (artigo 27.º Convenção da Convenção da Haia sobre Alimentos) inclusivamente quanto ao artigo 7.º do Protocolo (cfr. TRAUTMANN., p. 420).

A possibilidade geral de uma retirada para a *lex fori* por meio de acordo processual seria um corpo alheio no DIP da União Europeia na sua totalidade. Colocaria em causa a uniformidade das regras de conflitos no espaço da UE, transformando-as em regras supletivas ou facultativas ⁶². Ou seja, frustravam-se os fins de DIP interno e do DIP da UE sem que houvesse para tal fundamentos assentes na proximidade e adequação da *lex causae*, antes mera conveniência da aplicação da lei do foro. Nestes termos o acordo processual deveria valer como cláusula de excepção com vista à concretização do princípio da proximidade em relação à lei aplicável e nunca como meio de justificar a derrogação da *lex causae* ⁶³. Pelo contrário dever-se-ia procurar o equilíbrio entre os interesses das partes por um lado, do trânsito e do interesse público sempre dentro do direito de conflitos. A autonomia privada enquanto instrumento de concretização do princípio da proximidade só se justifica com este fim e não por estrita conveniência. Tanto mais que os interesses na fixação da lei competente ou do foro são, pelo menos idealmente, equivalentes ⁶⁴.

(iii) Critério da Neutralidade

Chegados aqui, constatamos que as soluções pontuais não conseguem resolver o problema de fundo uma vez que, sem um critério geral, ficamos perante zonas sem regulamentação que afectam a efectividade e propósitos da integração da UE. Como sugere Martin ILLMER deverá ser desenvolvido um

⁶² Sobre este problema no direito alemão ver KROPHOLLER., p. 45.

⁶³ Cfr. FAUVARQUE-COSSON., p. 283.

⁶⁴ Daí o entendimento a favor do conhecimento oficioso do direito estrangeiro à semelhança do que resulta no nosso ordenamento jurídico (artigo 348.º CC). Cfr. TRAUTMANN., p. 420.

conceito autónomo a respeito da dicotomia direito processual-direito substantivo ⁶⁵.

A grande questão é se é efectivamente possível tal desiderato ou se deve ser feita uma abordagem pragmática, divisível caso-a-caso. Esta solução traz consigo os inconvenientes de não ser pré-determinado o critério decisor a respeito da lei aplicável e, na prática, trazer a lume uma multiplicidade de decisões cuja uniformidade não é *a priori* assegurada, para além de que carece da intervenção do TJUE, que nem sempre sucederá. Significa que há efectivamente um vazio que traz riscos para a concretização dos fins que pautaram a unificação do direito de conflitos ⁶⁶.

Para Martin ILLMER a determinação da lei aplicável a respeito da lei processual e lei substantiva no que à questão do direito probatório diz respeito estaria excluída do âmbito de competência dos Estados Membros, sendo por isso regulado pelos regulamentos e consequente *lex causae*. O argumento a favor da *lex causae* em detrimento da *lex fori* residiria no critério da neutralidade. Segundo este autor a *lex causae* seria competente para regular qualquer questão ou matéria que incidisse com o mérito da causa ⁶⁷. As normas seriam de natureza substantiva quando desta fizesse depender a existência e relevância de factos constitutivos, modificativos e extin-

⁶⁵ Cfr. Martin ILLMER, "Neutrality Matters — Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law.", p. 243.

⁶⁶ Sobre a abordagem casuística ver *ibid.*, pp. 244-245. Até porque será difícil, para não dizer ineficaz, esperar que sejam os Estados individualmente e por sua iniciativa a adequarem o seu direito processual autonomamente com vista à aplicação uniforme do direito europeu de conflitos (cfr. TRAUTMANN., p. 406).

⁶⁷ Cfr. Martin ILLMER, "Neutrality Matters — Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law.", p. 246.

tivos do direito. Seria por isso o domínio natural da *lex causae*. Quando tal não se verificasse ou tratando-se de questões atinentes à organização judicial e procedimentos em sentido estrito (p. ex. pressupostos processuais, forma do processo, recursos...) estaríamos no domínio da *lex fori* ⁶⁸.

O domínio da *lex causae* é assim alargado à luz dos regulamentos Roma I e II, excluindo a competência interna de cada Estado para regular esta questão. A favor deste entendimento o autor avança com elementos interpretativos literal e sistemático dos regulamentos Roma I e II, bem como com o elemento teleológico atinente ao princípio da efectividade e interesse das partes, invocando, por fim, uma ideia a favor da competência da *lex causae* ⁶⁹.

O elemento literal assenta na interpretação do artigo 12.º Roma I e artigo 15.º Roma II, na medida em que as matérias neles elencadas não são exaustivas. Recusando um carácter taxativo, permite-se que matérias análogas sejam incluídas no âmbito de aplicação da *lex causae*. Não será possível, na sua opinião, invocar qualquer argumento *a contrario* para incluir no domínio da *lex fori* todas as questões que não sejam incluídas nas referidas normas. No entanto, há dificuldades em enquadrar o critério da neutralidade com o previsto na al. c) do artigo 12.º Roma I e al. d) do artigo 15.º Roma II, uma vez que em ambas as alíneas há uma referência expressa a *direito processual*. Segundo Martin ILLMER, se os artigos 3.º n.º 3 Roma I e Roma II respectivamente apresentam um conceito autónomo de direito europeu processual, já o artigo 12.º, n.º 1 al. c) Roma I e artigo 15 al. d) Roma II determinam os limites de competência da lei do foro ⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. *ibid.*, p. 247.

⁶⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 247-254.

⁷⁰ Cfr. TRAUTMANN., p. 283.

Para isso o autor invoca o elemento teleológico e sistemático. A criação dos regulamentos têm como propósito a uniformização do direito de conflitos ⁷¹ pelo que a primeira condição é a previsão de regras de conflitos uniformes ⁷². Como segunda condição está a determinação do âmbito da *lex causae*, que tem que ser igualmente independente do foro competente. Por fim, a terceira condição, e para o autor, a decisiva, é que o tribunal aplique a *lex causae* em todas as questões que digam respeito à decisão de mérito. Apenas com o alargamento do âmbito de competência da *lex causae* é possível assegurar a efectividade da uniformidade do direito de conflitos previsto e requerido pelos regulamentos. O alargamento da *lex causae* permite a sua autonomização face à competência e assim evita potenciais riscos de *forum shopping*, uma vez que independentemente do tribunal competente, uma vez assegurada a uniformidade quanto à lei aplicável, é possível alcançar uma efectiva harmonia jurídica internacional ⁷³. Harmonia jurídica que se pretende, segundo entende

⁷¹ Cfr. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Lei aplicável às obrigações extracontratuais ("Roma II"), Bruxelas, 22.7.2003 COM(2003) 427 final, p. 5 e Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), pp. 4 e 13.

⁷² A delimitação uniforme do âmbito de competência da *lex causae* é o meio adequado para assegurar a harmonia jurídica e consequente uniformidade de julgados que afasta qualquer tentação de *forum shopping* (cfr. Rui Manuel Moura RAMOS, "Limites à Aplicação das Regras de Direito Português: a Recepção do Direito Internacional Convencional e a Aplicação do Direito Estrangeiro e Direito Comunitário," in *Curso de Direito da Família: Introdução — Direito Matrimonial de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira* (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), p. 578)

⁷³ Cfr. Martin ILLMER, "Neutrality Matters — Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law.", pp. 250-251. Como refere o autor, "Applying the *lex fori* not only obstructs external harmony

o autor, circunscrever ao espaço comunitário, ao se excluir o reenvio em qualquer um dos regulamentos (artigo 20.º Roma I e artigo 24.º Roma II).

Ao já exposto acresce o interesse das partes e sua protecção, em particular perante os casos em que é exercida a autonomia conflitual. A intromissão da lei do foro representaria uma revês à confiança que as partes depositaram quanto ao âmbito de aplicação da lei por si escolhida ⁷⁴. Permitindo igualmente a eficiência do próprio sistema ao promover a adesão das partes ⁷⁵. Mesmo perante os receios de excessiva dependência à *lex causae*, a verdade é que a previsão de cláusulas de excepção nos regulamentos permitem corrigir eventuais resultados menos adequados face à situação concreta ⁷⁶.

Por último, conclui o autor que os artigos 12.º e 15.º do Roma I e Roma II, respectivamente, mostram que o sistema jurídico é favorável ao alargamento da competência da *lex causae*.

A questão da coincidência entre *lex fori-lex causae*, ainda que tentadora não é alargável a todas as questões. Por isso, a aplicação de uma lei estrangeira não pode ser rejeitada. Tanto mais que o único fundamento para evicção do direito estrangeiro é a excepção de ordem pública internacional previsto

with decisions of the courts of non-Member States, it also frustrates intra-Community uniformity of decisions of the Member States' courts underlying the framework of the Rome Regulations" (ibid. p. 253).

⁷⁴ Dito isto, poderão as partes prever expressamente a aplicação da lei do foro, contudo a diferenciação resulta da autonomia das partes, e na consequente protecção dos seus interesses, não pondo assim em causa o critério aventado. Nestes casos, a aplicação da lei do foro decorre, não da conveniência do tribunal, mas como produto da vontade das partes.

⁷⁵ Cfr. Martin ILLMER, "Neutrality Matters — Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law.", p. 252.

⁷⁶ Cfr. *ibid.*, p. 253.

no artigo 21 Roma I e no artigo 26.º Roma II. Contudo, enquanto excepção, não bastará invocar-se o princípio da boa administração para justificar o esvaziamento da pertinência e relevância da *lex causae*. Por isso o autor, ao propor um critério assente numa ideia de neutralidade, pretende fornecer um instrumento que assegure uniformidade e efectividade dos regulamentos, logo a harmonia entre os diversos Estados-membros.

Por isso conclui que o critério de neutralidade com vista ao alargamento da competência da *lex causae* permite afastar o estrito critério de conveniência assente no interesse individual de cada Estado e por isso contrário à integração europeia. Nas palavras de Martin ILLMER “while inconvenience looks primarily at national interests, in particular those of the national courts, neutrality gives priority to systemic interests of European private international law, preserves the efficiency of enforcing rights in foreign courts and meets the parties’ interests in predictability and reducing time and costs of cross-border litigation”⁷⁷.

Contudo, não obstante os méritos desta proposta, é discutível se tal pode ser afirmado hoje e de forma directa a partir do Roma I e Roma II⁷⁸. Ainda assim, é evidente que este o caminho desejável passa pela construção de um conceito autónomo e prévio que permita delimitar o âmbito de competência da lei do foro. Como refere Andrew DICKINSON as matérias de prova e processo são a chave que delimita o âmbito de competência dos regulamentos⁷⁹ e devem ter um conteúdo autónomo e uniforme seja qual for o foro compe-

⁷⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 259-260.

⁷⁸ Cfr. GARNETT, p. 39.

⁷⁹ Ainda que se referindo em especial ao Roma II, igual consideração se estende para o Roma I.

tente ⁸⁰. Tanto mais que os fundamentos para a fixação da competência prendem-se mais com a proximidade do litígio para os litigantes, independentemente da lei competente ⁸¹.

Mais do que discutir o âmbito de aplicação, estaria em causa determinar os limites da competência da lei do foro e a sua utilidade predominantemente interna face o carácter plurilocalizado visado pelos instrumentos comunitários. Não é por isso indiferente saber qual o âmbito de aplicação da lei do foro e da *lex causae*, pois em último grau estão em causa fundamentos e interesses distintos que não podem promover resultados incompatíveis às regras que distribuem a competência judiciária e a competência legislativa. Em particular em questões relativas à garantia da relação jurídica, prova e aplicação do direito estrangeiro.

A distribuição de competências entre jurisdições e entre leis aplicáveis interpenetra necessariamente concepções jurídicas materiais que se querem depuradas de conflito, pois em último grau, independentemente da concorrência de competências jurisdicionais, o que se pretende, é que se aplique sempre a mesma lei. A uniformização de julgados impõe *per se* um tratamento uniforme entre substância e processo, impondo por isso a uniformização do critério, que deverá repousar na circunstância de saber se a norma jurídica *afecta ou não o direito ou a consistência do direito das partes* (Baptista MACHADO) ⁸². No entanto o entendimento então sufragado

⁸⁰ Cfr. Andrew DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Updating Supplement)* (Oxford: Oxford University, 2010), p. 106.

⁸¹ Cfr. Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, *Las Obligaciones Extracontractuales en Derecho Internacional Privado: el Reglamento «Roma II»* (Granada: Comares, 2008), p. 14.

⁸² Segundo Baptista MACHADO a questão discutida da natureza jurídica da prescrição à luz do direito de *common law* nunca se punha uma

por este autor tem que ser adaptado ao carácter autónomo dos regulamentos comunitários, uma vez que em causa não está um qualquer entendimento nacional, mas a pré-compreensão de que o âmbito de aplicação da *lex causae* será definido em função da relevância directa para o reconhecimento, modificação ou extinção do direito ou interesse em litígio.

É por isso tentadora a proposta de Martin ILLMER e o seu critério da neutralidade (em especial se a ligarmos à solução legal e doutrinal do nosso artigo 15.º do Código Civil). Contudo, a remissão para a *lex causae* quanto à determinação da qualificação processo-substância é insuficiente, em particular quando em causa esteja a qualificação e aplicação de institutos que imponham a garantia dos direitos, os denominados *remedies*, em especial as medidas cautelares. Aqui o critério da neutralidade falha, pois não se poderá dizer que em causa esteja a decisão do mérito da questão, antes a sua efectividade. E esta tenderá a bulir necessariamente com os poderes jurisdicionais dos tribunais, logo o *ius imperii* de cada foro. Daí que o critério preferencial a favor da *lex causae* seja desejável, até decisivo, mas dentro da limitação que o mesmo confere e que terá que respeitar o princípio básico estatuído nos artigos 15.º al. d) Roma II. Logo o critério de neutralidade é afrontado quando se remete para a *lex fori* a aferição da natureza processual ou substantiva das medidas preventivas a adoptar, em particular os próprios critérios de decisão para o decretamento destas medidas ⁸³.

O enquadramento entre lei aplicável e tribunal competente acaba, em última instância, por chamar à liça o critério

vez que dependendo directamente daquela o exercício do direito, tratar-se-ia sempre de um instituto de direito substantivo (cfr. João Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (Coimbra: Almedina, 2002), p. 138).

⁸³ Cfr. TRAUTMANN., p. 424.

da jurisdição, podendo impor que a lei aplicável funde em si a competência dos tribunais da *lex causae*, o que redundaria na afirmação do *Gleichaufsprinzip*. Torna-se, por isso, necessário serem reconhecidos mecanismos de correcção da competência em função da proximidade e efectividade do direito reconhecido pela lei competente, pois em última instância a efectividade e certeza do direito depende da concretização pelas autoridades jurisdicionais e das suas competências. Na impossibilidade de adaptação pelo tribunal do foro na aplicação da lei estrangeira, deveria então ser reconhecido um mecanismo de *forum non conveniens* a favor da competência das autoridades da *lex causae*. Isto implicaria, assim, uma alteração do Bruxelas I ⁸⁴. Contudo, tal não se apresenta viável sem consagração expressa, uma vez que o TJUE já recusou tal solução por entender que não está de acordo com o direito da união e o sistema de competências por ele gizado ⁸⁵.

Já não será assim, estando por isso integrada no âmbito da *lex causae*, a questão da avaliação do dano (artigo 15.º al. c) Roma II) ⁸⁶. A este respeito os tribunais ingleses concluíram,

⁸⁴ Seria uma solução semelhante à adoptada pelo ordenamento jurídico Australiano (cfr. GARNETT, pp. 25-28).

⁸⁵ Cfr. C-281/02 (Owusu) §37 e seguintes. Segundo o teor deste acórdão, que se pronunciou no âmbito da Convenção de Bruxelas, mas cujas conclusões são extensíveis ao Regulamento Bruxelas I, “visa reforçar na Comunidade a protecção jurídica das pessoas aí estabelecidas, prevendo regras comuns de competência que garantam uma certeza quanto à repartição de competências entre os diferentes órgãos jurisdicionais nacionais a que pode ser submetido um litígio determinado” (cfr. §39). Ver ainda TRAUTMANN., p. 410.

⁸⁶ Ver a posição adoptada no âmbito da Convenção de Roma (cfr. Mario GIULIANO; Paul LAGARDE, *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (Bruxelas: Comunidade Económica Europeia, 1980)., p. 33) e que se mantém para o Roma I e se estende para o Roma II (cfr. GARNETT, p. 350).

no caso *Bacon v Nacional Suiza Cia Seguros y Reseguros SA* ⁸⁷, a favor da aplicação da lei espanhola ainda que a lei inglesa fosse mais favorável na avaliação e liquidação da indemnização. A favor deste entendimento assentou a necessidade de certeza e estabilidade quanto aos efeitos jurídicos a regular a situação, valendo a ideia de previsibilidade da solução material a dar ao litígio e que o parágrafo 6 do Roma II invoca ⁸⁸. Tal posição, não só está em consonância com o espírito do Regulamento, como demonstra que os critérios de justiça *formal* voltam a ser preponderantes mais do que a justiça do caso concreto ⁸⁹.

Solução diferente foi tomada no caso *Jacobs v. Motor Insurers Bureau* a respeito da responsabilidade da entidade inglesa Motor Insurance Bureau (o equivalente no nosso Fundo de Garantia Automóvel) ⁹⁰. Aqui, não obstante ser a lei espanhola competente, o Court of Appeal aplicou a lei inglesa quanto à determinação da indemnização, opondo-se por isso ao artigo 15 al. c) Roma II, com fundamento na Directiva n.º 2005/14/CE (4.ª Directiva relativa relativas ao seguro de responsabilidade civil resultante da circulação de veículos automóveis), na qual não estaria em causa um problema de escolha de lei. A um resultado igual se chegou através da qualificação do artigo 13.º (2) do Regulamento de 2003 como norma de aplicação necessária e imediata, e, por isso, enquanto

⁸⁷ Cfr. *Bacon v Nacional Suiza Cia Seguros y Reseguros SA* [England and Wales High Court 2017 (30 de Julho 2010)].

⁸⁸ Aqui se transcreve o considerando n.º 6: “O bom funcionamento do mercado interno exige, para favorecer a previsibilidade do resultado dos litígios, a certeza quanto à lei aplicável e a livre circulação das decisões judiciais, que as regras de conflitos de leis em vigor nos Estados-Membros designem a mesma lei nacional, independentemente do país em que se situe o tribunal perante o qual é proposta a acção”.

⁸⁹ Neste sentido, cfr. GARNETT, p. 355.

⁹⁰ Cfr. All England Report, 2011, 1, p 844.

lex causae, ex vi artigo 16.º Roma II ⁹¹. No entanto a posição firmada pelo Tribunal Inglês contraria o âmbito de competência da *lex causae*, uma vez que o direito e a avaliação do dano deveriam ser aferidos por aquela. É em função da *lex causae* que o direito do lesado é afectado, e não pela lei do foro, pois é à luz daquela que determina a existência de um direito susceptível de ser violado.

(iv) Objecto da Qualificação: artigo 15.º do Código Civil

A solução do problema da qualificação feita pelo artigo 15.º Código Civil e desenvolvida pela doutrina centra-se no apuramento do conteúdo e função da norma material da *lex causae*. Ou seja, a natureza jurídica de uma norma material depende do sistema onde se integra e de acordo com este se apurará a sua natureza processual ou substantiva. É através desta operação que é possível aferir da analogia entre o critério da qualificação que resulta da interpretação do conceito-quadro, verdadeiro *conceito-questão*. Pois a escolha da conexão a atribuição de competência de um determinado ordenamento jurídica resulta (na perspectiva puramente conflitual), não da pré-determinações da lei do foro, mas na compatibilidade das normas materiais da *lex causae* com o fundamento material da competência atribuído pela regra de conflitos.

Logo será a própria *lex causae*, de acordo com a função e conteúdo das suas normas, que determinará a natureza processual ou substantiva, pois uma vez pressuposta a competência de determinado ordenamento por força da regra de conflitos a recusa da aplicação da lei estrangeira, neste ponto,

⁹¹ Para a análise dos dois casos ver GARNETT, pp. 355-357.

só pode ser feita se não tiver natureza e função análoga ao fundamento da sua competência. Como nota Baptista MACHADO a respeito do problema da qualificação e o artigo 15.º do Código Civil: “a ideia de que é a *lex causae* que fornece o *objecto* ou *material* a qualificar, sendo o critério da qualificação fornecida pela *lex fori* (pelo conceito-quadro da Regra de Conflitos da *lex fori*)”⁹². Por isso concluiu Isabel Magalhães COLLAÇO que “a caracterização da norma a qualificar há-de processar-se à face da ordem jurídica me que ela se insere — único «meio» capaz de a revelar em toda a verdade”⁹³. Ao se fazer determinar a qualificação processual ou substancial pela *lex causae* assegura-se a intencionalidade subjacente à escolha da conexão feita na regra de conflitos e assegura-se a delimitação da competência entre os diferentes ordenamentos jurídicos em condições de paridade. De acordo com o pensamento de Ferrer CORREIA, que aqui actualizamos, a referência das regras de conflitos comunitárias não remetem para a totalidade das disposições da *lex causae*, mas somente para as normas cujas características entram na categoria da conexão prevista pelas regras de conflitos⁹⁴. É aliás esta conexão que delimita o âmbito material de aplicação dos próprios regulamentos.

Por isso os limites da competência da *lex causae* serão traçados pela intencionalidade normativa das normas materiais por referencial ao caso e não por mera consideração do seu *nomen iuris*⁹⁵. Só desta forma se assegura a uniformidade do

⁹² Cfr. MACHADO., p. 127

⁹³ Cfr. Isabel Magalhães COLLAÇO, *Da Qualificação Em Direito Internacional Privado* (Lisboa: s.n., 1964)., pp. 216-217

⁹⁴ Cfr. António Arruda Ferrer CORREIA, *Lições De Direito Internacional Privado* (Coimbra: Almedina, 2000)., p. 211 e pp. 224-225.

⁹⁵ Cfr. COLLAÇO., p. 224.

direito da UE e consequente paridade de tratamento pretendida pelas regras de conflito bilaterais ⁹⁶.

De certa forma este é o entendimento que se retira da alínea *d*), n.º 1 do artigo 12.º Roma I e alínea *h*) do artigo 15.º Roma II, uma vez que o legislador comunitário deixa claro que o conceito-quadro das respectivas regras de conflitos integram no seu âmbito as normas materiais, independentemente da sua origem e *nomen iuris*, que pelo seu conteúdo e função dependa o reconhecimento de um direito, no caso a sua extinção. Corporizando o entendimento já sedimentado que não é natureza processual conferida por um determinado sistema jurídico que impede a sua aplicação no âmbito de competência da *lex causae* ⁹⁷. Daqui resulta a questão processual ou substantiva, por analogia com o instituto da prescrição, depende da *lex causae* e não da do foro. Só *a posteriori* é que legitima a correcção e adaptação da *lex causae* por limitações decorrentes da organização judiciária.

Num exemplo desta tese podemos encontrar o artigo 1755.º do Código Civil que exige, para que o Conservador de Registo Civil possa decretar o divórcio por mútuo consentimento, vários acordos entre os cônjuges (entre eles regulação das responsabilidades parentais e destino da casa de morada de família). Partindo do pressuposto que um casal de alemães, com residência em França e Portugal, requerem o divórcio por mútuo consentimento junto de uma Conservatória de Registo Civil escolhendo como lei aplicável a alemã, terá de se considerar que, de acordo com o artigo 1564 BGB, o divórcio só pode ser decretado por decisão judicial. Inter-

⁹⁶ Sobre o problema da operação de qualificação e o princípio da igualdade de tratamento ver Ferrer CORREIA., p. 221 e seguintes.

⁹⁷ Sobre a questão da qualificação da *limitation of action* anglo-saxónica ver por todos COLLAÇO., pp. 230-234 e MACHADO., pp. 104-105.

pretando esta norma de acordo com o nosso artigo 15.º do Código Civil, concluímos que o conteúdo e função da mesma visa a determinação da competência jurisdicional para decisões que extinguem o vínculo matrimonial. Trata-se por isso de uma questão que diz respeito à competência material, logo à organização judicial alemã e não aos pressupostos do divórcio. Isto é, não define os pressupostos substantivos do direito, antes os meios para exercer o direito. Afastada que se encontra esta norma do conceito quadro do Roma III, fica por determinar se a Conservatória Portuguesa tem competência para decretar o divórcio dos dois cidadãos alemães ⁹⁸. A questão que se coloca é se o artigo 1775.º conjugado com o artigo 272.º do Código de Registo Civil é uma norma de natureza processual ou não.

A solução deste problema passará pela função que a norma desempenha dentro do sistema jurídico português. Para isso teremos que ter em conta a intenção do legislador com a reforma do Código de Registo Civil aprovada pelo Decreto-Lei n.º 131/95 de 6 de Junho e o reforço de competências feito com o Decreto-Lei n.º 272/2001 de 13 de Outubro. Nestes dois diplomas a função e competência do Conservador em matérias de família, em especial nas situações de divórcio, pretende facilitar e simplificar a vida dos cidadãos através da simplificação e desburocratização (cfr. ponto 1 do preâmbulo da lei de 1995). Para isso a transferência de competências depende das condições fixadas pelo Código Civil (cfr. ponto 2 do preâmbulo). Isto significa que com ela se pretende “desonerar os tribunais de processos que não substanciem verdadeiros litígios”. De acordo com esta leitura,

⁹⁸ Apesar do direito alemão exigir que o divórcio seja decretado por via judicial tal não impede o reconhecimento dos divórcios decretados pelos Conservadores Portugueses uma vez que o conceito de decisão judicial do Bruxelas IIbis inclui a decisão destes, como prevê o reconhecimento ipso iure (artigo 21.º, n.º 1 e 2 Bruxelas IIbis).

a competência do Conservador depende do consenso dos cônjuges, exigindo o artigo 1775.º que tal se estenda, não só quanto à decisão de divórcio, como aos efeitos relevantes do divórcio: filhos, casa de morada de família, alimentos e património conjugal. Por isso, não está em causa a exigibilidade de tais acordos como questões relativas aos pressupostos de decretamento do divórcio e respectivos efeitos (até porque estes serão regulados de acordo com a *lex causae* dos artigos 52.º e 53.º do Código Civil), mas ao fundamento da competência do Conservador.

Na ausência de acordo ou de acordos que não zelem pelos interesses dos cônjuges ou dos filhos prevê o artigo 1778.º do Código Civil a remessa do processo para o tribunal ou que o pedido seja directamente feito no tribunal (artigo 1778.º-A). Trata-se por isso de uma norma legitimadora da competência de uma autoridade pública do foro e não da regulamentação dos pressupostos para decretamento do divórcio, pelo que se qualifica como processual.

Daí que esta compreensão sobre o objecto da qualificação protagonizado pela doutrina portuguesa representa uma vantagem que salvaguarda a competência da *lex causae* contrariando uma qualquer tentação lexforizante. Aliás, o critério de neutralidade proposto por Martin ILLMER acaba por traduzir uma actualização da posições há muito assumidas pelo legislador e doutrina portuguesa.

III. Conclusão

O presente trabalho não avança respostas definitivas quanto à divisão entre questões processuais e substanciais, apenas se limita a identificar os problemas e possíveis soluções no quadro do direito internacional privado.

Contudo, independentemente da solução geral ou especial que se adopte, é indiscutível que é necessária uma regu-

lamentação harmonizada da União Europeia que trace o regime geral do Direito Internacional Privado Europeu. Apenas desta forma será possível assegurar a efectividade do direito da UE e assim o efeito directo das suas normas. Tanto mais que desta regulamentação da parte geral do Direito Internacional Privado dependem, cada vez mais, os objectivos dos regulamentos sectoriais aprovados.

Não obstante a evolução que possa tomar o DIP da União Europeia certo será que o apuro dogmático daquela parte geral feito pela doutrina portuguesa oferece um contributo imprescindível para deslindar as dificuldades e possibilidades de criação de um espaço europeu de justiça, na medida em que a elaboração dogmática do DIP entre nós assumiu desde sempre um pendor internacionalista.

Abreviaturas

- Bruxelas I — *Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial reformulado pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2012*
- Bruxelas IIbis — *Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental*
- Convenção de Bruxelas — *Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial*
- Convenção de Lugano — *Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*
- DIP — *Direito Internacional Privado*
- Roma I — *Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)*

- Roma II — *Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»)*
- Roma III — *Regulamento (UE) Regulamento n.º 1259/2010 de 20 de Dezembro de 2010 que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial*
- TFUE — *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*
- TJUE — *Tribunal de Justiça da União Europeia*
- EU — *União Europeia*

Bibliografia

- AA.VV. *Brussels Ibis Regulation*. Vol. 2 European Commentaries on Private International Law. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2012.
- AUDIT, Bernard. *Droit International Privé*. Paris: Economica, 2008.
- AUDIT, Mathias. “L’interprétation Autonome Du Droit International Privé Communautaire.” *Journal du Droit International*, no. 3 (2004): 789-816.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Las Obligaciones Extracontractuales En Derecho Internacional Privado: El Reglamento «Roma II»*. Granada: Comares, 2008.
- CARRUTHERS, Janeen M. “Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages.” *International and Comparative Law Quarterly* 53, no. 3 (2004): 691-711.
- COLLAÇO, Isabel Magalhães. *Da Qualificação Em Direito Internacional Privado*. Lisboa: s.n., 1964.
- CORREIA, António Arruda Ferrer. *Lições De Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2000.
- DICKINSON, Andrew. *The Rome Ii Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Updating Supplement)*. Oxford: Oxford University, 2010.
- DURÁN AYAGO, Antonia. “La Fragilidad Del Estatuto Personal En La Protección De Menores Y Adultos.” In *El Derecho De Família Ante El Siglo Xxi: Aspectos Internacionales*, 319-380. Madrid: Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2004.
- EHRENZWEIG, Albert. “Products Liability in the Conflict of Laws — Towards a Theory of Enterprise Liability under «Foreseeable and Insurable Laws».” *Yale Law Journal* 69, no. 5 (1960).

- EINSELE, Dorothee. "Rechtswahlfreiheit Im Internationalen Privatrecht." *RebelsZ* 60, (1996): 417-447.
- EVRIGENIS, Dimitrios. "Regards Sur La Doctrine Contemporaine De Droit International Privé." In *Multitudo Legum Ius Unum (Festschrift Für Wilhelm Wengler Zu Seinem 65. Geburtstag)*, edited by Josef Tittel und den Mitarbeitern des Instituts für internationales und ausländisches Recht an der Freien Universität Berlin, II. Berlin: Inter-Recht, 1973.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. "L'accord Procédural À L'épreuve Du Temps." In *Le Droit International Privé: Esprit Et Méthodes: Mélanges En L'honneur De Paul Lagarde*, 263-284. Paris: Dalloz, 2005.
- FAWCETT, James; NORTH, Peter;. *Cheshire and North's Private International Law*. 13th edition ed. London-Edinburgh-Dublin: Butterworths, 1999.
- GARNETT, Richard. *Substance and Procedure in Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GRUNDMANN, Stefan. *Qualifikation Gegen Die Sachnorm: Deutsch-Portugiesische Beitrage Zur Autonomie Des Internationalen Privatrechts*. München: Beck, 1985.
- ILLMER, Martin. "Neutrality Matters — Some Thoughts About the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law." *Civil Justice Quarterly* 28, (2009): 237-260.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. "Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective." In *Recueil Des Cours*, 304, 181-386. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. 6. neubearbeitete Auflage ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- LAGARDE, Mario Giuliano; Paul. *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Bruxelas: Comunidade Económica Europeia, 1980.
- LAGARDE, Paul. "Cour De Cassation (1er Ch. Civ.), 4 Octobre 1989 (Note)." *Revue Critique de Droit International Privé* 79, no. 2 (1990): 316-325.
- LEQUETTE, Yves. *Protection Familiale Et Protection Étatique Des Incapables*. Paris: Dalloz, 1976.
- "L'abandon De La Jurisprudence Bisbal (À Propos Des Arrêts De La Première Chambre Civile Des 11 Et 18 Octobre 1988)." *Revue Critique de Droit International Privé* 78, no. 2 (1989): 277-339.
- MACHADO, João Baptista. *Lições De Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2002.

- MARQUES, J. P. Remédio. *Ação Declarativa À Luz Do Código Revisto (Pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, De 24 De Agosto)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MOSCONI, Franco. “Il Ruolo Della Lex Fori Nelle Recenti Convenzioni Dell’aja.” *Diritto Internazionale: Rivista Trimestrale di Dottrina e Documentazione*, (1965).
- MOTULSKY, Henry. “Les Actes De Jurisdiction Gracieuse En Droit International Privé.” In *Travaux Du Comité Français De Droit International Privé*, 13-31. Paris: Dalloz, 1948-1952.
- NEUHAUS, Paul Heinrich. “Internationales Zivilprozessrecht Und Internationales Privatrecht.” *RabelsZ* no. 20 (1955): 201-269.
- RAMOS, Rui Manuel Moura. *Da Lei Aplicável Ao Contrato De Trabalho Internacional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- “Limites À Aplicação Das Regras De Direito Português: A Recepção Do Direito Internacional Convencional E a Aplicação Do Direito Estrangeiro E Direito Comunitário.” In *Curso De Direito Da Família: Introdução — Direito Matrimonial De Francisco Pereira Coelho E Guilherme De Oliveira*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- REVILLARD, Mariel. *Droit International Privé Et Communautaire: Pratique Notariale*. Paris: Defrénois, 2010.
- SILVA, Nuno Ascensão. *A Constituição Da Adopção De Menores Nas Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos*. Vol. 49. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.
- SPIRO, Erwin. “Forum Regit Processum (Procedure Is Governed by the Lex Fori).” *International & Comparative Law Quarterly* 18, no. 4 (1969): 949-960.
- STEIGER, Werner von. “La Protection Des Mineurs En Droit International Privé.” In *Recueil Des Cours*, 112. Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1964.
- TRAUTMANN, Clemens. *Europäisches Kollisionsrecht Und Ausländisches Recht Im Nationalen Zivilverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- VARELA, J. Antunes; BEZERRA, Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual De Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

Resumo: A dicotomia substância-processo tem sido alvo de crítica por boa parte da doutrina, revelando-se cada vez mais importante em face da uniformização do direito de conflitos pela União Europeia. No presente trabalho serão identificados os principais problemas e possíveis soluções nesta matéria. Apesar de não se avançar com uma proposta conclusiva, pretendemos dar conta das questões que podem surgir por causa desta distinção: se a questão diz respeito ao mérito, nesse caso o

problema pode ser resolvido por uma lei estrangeira, se disser respeito ao procedimento, será regido pela lei do foro.

Palavras-chave: direito internacional privado; direito dos conflitos; direito da União Europeia; dicotomia substância-processo.

*An essay on the divide between procedural and substantive
law within the scope of European Private International Law*

Abstract: The substance-procedure dichotomy is a popular target for scholarly criticism and has become increasingly important with the uniformisation of conflict laws by the European Union. In this article we intend to identify the main problems and possible solutions. Even though we will not arrive at a conclusive proposal, we intend to give notice of the problems that arise from such distinction: whether the issue pertains to substance, in which case it may be resolved by foreign law, or procedure, in which case it will be governed by the law of the *forum*.

Keywords: international private law; conflict of laws; European Union law, substance-procedure dichotomy.

Geraldo Rocha Ribeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra