

## Institutos da Conferência

### SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO CIVIL PORTUGUES POR TRIBUNAIS ALEMÃES (\*)

*Pelo Prof. Doutor Erik Jayme  
da Universidade de Munique*

#### I INTRODUÇÃO: *Aplicabilidade do direito português segundo o direito internacional privado alemão*

Nos últimos decénios os tribunais alemães têm aplicado frequentemente o direito português (1). Isso verifica-se essencialmente em quatro tipos de casos:

1. O primeiro respeita ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Na Alemanha vivem actualmente (1976) 113 700 portugueses, a maioria dos quais são operários da indústria alemã. As suas relações familiares estão subordinadas em princípio, segundo o direito internacional privado alemão, ao seu

---

(\*) Conferência feita na sede da Ordem, em 16-3-1978, e no Porto, na sede do Conselho Distrital, em 17-3-1978.

(1) Estudos sobre as relações jurídicas luso-alemãs são raros; ver Hörster, Eheschließung und Eheauflösung im portugiesischen Recht (tese de doutoramento, Bonn 1971); Reitz, Spannungen bei der Anwendung portugiesischen Adoptionsrechts durch deutsche Gerichte (1978).

direito nacional, visto que tanto o direito de conflitos alemão como o português se mantêm fiéis ao princípio da nacionalidade.

É certo que surgem especialidades nos casos em que as Convenções de Haia prevêem como elemento de conexão a residência habitual de uma pessoa, como acontece nos artigos 1.º e 2.º da Convenção de Haia sobre a protecção de menores (²). Além disso começam a desenvolver-se regras especiais para os casos em que os cônjuges possuem diferentes nacionalidades (³). Na generalidade, porém, pode afirmar-se que o direito português é aplicado pelos tribunais alemães, sobretudo em muitos casos em que se trata da apreciação do estado das pessoas (⁴) ou das relações jurídicas familiares de portugueses que vivem na Alemanha (⁵).

## 2. O segundo tipo de casos respeita ao Direito de Trabalho e ao Direito Social.

---

(¹) Cfr. *Kropholler*, Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger (2.ª ed. 1978).

(²) Por exemplo para o apelido dos cônjuges: quando um cônjuge tem a nacionalidade alemã e o outro a portuguesa, o cônjuge português pode escolher entre a aplicabilidade do seu direito nacional ou do direito alemão, sempre que o casal tenha a sua residência habitual na Alemanha. Assim o marido português e a esposa alemã podem, segundo o § 1355 do Código Civil alemão, escolher como apelido da família o nome da esposa. Cfr. BayObLG, 25.11.1977, FamRZ 1978, 25 (esposa espanhola, marido alemão). Cfr. *Jayme*, Eherechtsreform und Internationales Privatrecht, NJW 1977, 1378 ss. (1380-1381).

(³) Trata-se, particularmente, de questões relativas ao nome: AG Hamburg, 14.1.1965, StAZ 1965, 157 (apelido da portuguesa divorciada); AG Hamburg, 9.6.1971, StAZ 1971, 313 (nome da criança portuguesa: o nome «Patrik» é inadmissível; o tribunal aplicou o artigo 130.º do Código do Registo Civil português e decidiu que a criança apenas pudesse ser registada com o nome «Patrício»). Cfr. também um caso americano: *Sousa v. Freitas*, 89 California Reporter 485 (App. 1970) (nome da mulher casada).

(⁴) AG Hamburg, 20.9.1966, StAZ 1968, 105 (legitimação do filho de um pai português); cfr. *Coester*, Ehehliche Abstammung bei Geburt während Trennung von Tisch und Bett, StAZ 1974, 250 (um caso de esposa alemã e marido português, não há presunção da paternidade depois da separação de pessoas e bens em Portugal); *Jayme*, Vorfragenprobleme bei der Anwendung portugiesischen Legitimationsrechts durch deutsche Gerichte, ZfJugR 1976, 393 ss.

Regra geral os contratos de trabalho celebrados com portugueses na Alemanha têm por base o direito alemão (6).

Além disso vigora no direito social o princípio da territorialidade (7). Segundo o § 30.º do Código Social que entrou em vigor em 1-1-1976, o direito social alemão é aplicável a todas as pessoas que têm domicílio ou residência habitual na República Federal Alemã. Pode, todavia, acontecer, que as leis alemãs levantem questões prévias de direito civil, para cuja resolução é competente, segundo o direito internacional privado alemão, o direito estrangeiro (8).

Assim, por exemplo, nos casos em que portugueses sejam vítimas, na Alemanha, de acidentes de trabalho de que resulte a sua morte, está prevista uma indemnização aos sobreviventes sempre que o trabalhador tivesse para com estes o dever de alimentos. A questão do dever de alimentos numa família portuguesa resolve-se de acordo com a lei portuguesa (9).

3. O terceiro tipo de casos abrange as questões jurídicas emergentes de transacções celebradas por alemães sobre imóveis situados em Portugal (10). De acordo com o direito internacional privado alemão (tal como no seu direito interno) deve distinguir-se claramente o negócio obrigacional (contrato de compra e venda) e o negócio dispositivo (transferência de propriedade). O direito português, como *lex rei sitae*, regula a transferência de propriedade, enquanto que no que se refere

---

(6) Cfr., em geral, *Brill*, *Der ausländische Arbeitnehmer in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*, BB 1976, 1276 (1277).

(7) Cfr. *von Maydell*, *Probleme des internationalen Sozialversicherungsrechts*, DVBL, 1971, 906 ss. (908).

(8) Cfr. *von Maydell*, *Zur Anwendung zivilrechtlicher Begriffe in Sozialrechtsnormen auf Sachverhalte mit Auslandsberührung*, *Festschrift Bosch* (1976), pp. 645 ss.

(9) RG, 15-2-1906, RGZ 62. 400 (cônjuges portugueses, dever de alimentos). Quanto ao dever de alimentos dos pais de menores, aplica-se, todavia, segundo a Convenção de Haia de 24-10-1956 a lei da residência habitual da criança.

(10) IPG 1974 Nr. (Hamburg) (incumprimento de contrato de compra e venda de um imóvel situado na Madeira); IPG 1974 Nr. 5 (Heidelberg) (imóvel situado em Portugal, contrato de empreitada).

ao contrato de compra e venda nem sempre assim acontece. As partes podem submeter o contrato de compra e venda ao direito alemão. Se o não fizerem, a localização do imóvel em Portugal determinará muitas vezes o centro de gravidade do contrato, sobretudo quando uma das partes for portuguesa <sup>(11)</sup>.

4. O último tipo de casos respeita à trocas comerciais luso-alemãs. As hipóteses estendem-se aqui desde infracções de concorrência até contratos de mediação na compra de armas nos quais participaram em maior ou menor grau os governos de ambos os países <sup>(12)</sup>. Surge então toda a multiplicidade de problemas do moderno direito de conflitos em que os preceitos imperativos de direito público da *lex causae* ou da lei de um outro Estado interessado podem ter uma função importante a desempenhar <sup>(13)</sup>.

Normalmente o princípio da autonomia das partes vigora para todos os negócios comerciais. O direito português é aplicável sempre que as partes o entendam. Uma excepção a este princípio, porém, foi introduzida pela nova lei sobre os contratos de adesão. Quando uma empresa portuguesa opera no mercado alemão, a designação do direito português como lei aplicável nas condições gerais do contrato, não é em princípio válida sempre que a parte alemã seja um consumidor e não um comerciante <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Cfr. *Reithmann*, Internationales Vertragsrecht (2.<sup>a</sup> ed. 1972), pág. 198. Cfr., para a distinção entre negócio obrigacional e efeitos reais no direito internacional privado: *Baptista Machado*, Problemas na aplicação do direito estrangeiro — Adaptação e substituição, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 36 (1960), pp. 327 e segs. (334), *Barsotti*, Negozi giuridici e diritti reali nel diritto internazionale privato (Pisa 1975).

<sup>(12)</sup> OLG Koblenz, 10-10-1972, OLGZ 1975, 379; BGH, 13-11-1974, IPRspr. 1974 Nr. 1 b.

<sup>(13)</sup> Cfr. *Wengler*, Die Anknüpfung zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft 54 (1941), 168; *Schulze*, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht (1972); *Schulte*, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht (1975).

<sup>(14)</sup> Lei sobre condições gerais dos contratos (AGB-Gesetz) de

Por outro lado as soluções dadas aos contratos internacionais quer pelo direito internacional privado alemão quer pelo português, são semelhantes. Por exemplo o tribunal de primeira instância de Hamburgo aplicou o direito alemão a um contrato de mútuo celebrado entre dois portugueses que tinham a residência habitual comum na Alemanha<sup>(15)</sup>, solução que corresponde ao disposto no artigo 42.º do Código Civil português.

## II *Crítérios de selecção*

Na escolha dos casos para esta conferência gostaria de dar prioridade àquelas sentenças que evidenciam simultaneamente qual o caminho que tomou na Alemanha a ciência do direito internacional privado<sup>(16)</sup>. Sobretudo deverão ser tratados os pontos de vista metodológicos fundamentais. A partir daqui podem surgir comparações interessantes. Portugal dispõe de uma moderna e admirável codificação do direito internacional privado enquanto que na Alemanha uma nova codificação está, neste momento, apenas em preparação.

## III *Averiguação do direito português*

Neste contexto seja-me ainda permitida uma nota prévia de índole processual.

---

9-2-1976 § 10.º Nr. 8: «In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts oder des Rechts der Deutschen Demokratischen Republik in Fällen, in denen hierfür kein anerkanntes Interesse besteht.» Pode ser «justificada» a designação do direito português quando o contrato respeitar a um imóvel situado em Portugal. Neste caso, todavia, o juiz deve «ter em conta» a lei alemã § 12.º AGB-Gesetz), o que é, do ponto de vista do direito internacional privado, uma moderna técnica de aplicação simultânea de leis diferentes. Cfr. *Jayme*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Internationales Privatrecht, Zeitschrift für das gesamte Handels-und Wirtschaftsrecht 142 (1978), 105 ss.

<sup>(15)</sup> LG Hamburg, 15-10-1975, IPRspr. 1975 Nr. 14.

<sup>(16)</sup> Cfr. *Steindorff*, Entwicklungen des deutschen internationalen Privatrechts, in: Deutsche zivil-und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX Internationalen Kongre für Rechtsvergleichung Teheran 1974, pp. 155-175.

Para a determinação do direito estrangeiro vigora, no direito processual alemão, o princípio «*jura novit curia*». Assim é interpretado o § 293.º do Código de Processo Civil alemão que, na sua redacção mais recente, prescreve o seguinte:

O direito vigente num outro Estado, os direitos consuetudinários e os estatutos, só carecem de provas nos casos em que são desconhecidos do tribunal. Na averiguação destas normas o tribunal não está limitado às provas apresentadas pelas partes; está autorizado a utilizar outras fontes de conhecimento e a ordenar o que for necessário para uma tal utilização<sup>(17)</sup>.

O Tribunal Federal de Justiça, numa decisão recente sobre direito turco, resumiu da seguinte forma os princípios para a determinação da lei estrangeira pelo juiz alemão<sup>(18)</sup>:

«...segundo o § 293.º do Código Civil alemão o juiz (está) não apenas autorizado mas também obrigado a averiguar o direito estrangeiro e a fazer uso das fontes de conhecimento que lhe sejam acessíveis. (...) O juiz ao fazê-lo não deve basear-se apenas nas normas jurídicas positivas, mas tem também que considerar o modo como estas se configuram na realidade, com base na doutrina e na jurisprudência. É, contudo, em princípio deixada ao seu critério a forma como ele consegue obter o conhecimento do direito estrangeiro.»

A jurisprudência portuguesa, todavia, interpreta a fórmula contida no artigo 348.º do Código Civil, cuja redacção é quase idêntica à do § 293.º do Código Processual Civil alemão, de uma

---

(17) «Os estatutos» respeitam às normas decretadas por associações e fundações legais que têm autonomia.

(18) BGH, 30-3-1976, NJW 1976, 1581, 1582-1583.

maneira restrita. Pode verificar-se isso num recente acórdão da Relação de Lisboa onde se afirma <sup>(19)</sup>:

«Não seria razoável exigir ao juiz uma cultura tão vasta que comportasse o conhecimento do direito estrangeiro».

Mas será que na Alemanha se exige ao juiz essa cultura tão vasta que abrange o conhecimento do direito estrangeiro? Pode afirmar-se que a solução não é essa. O que se verifica é que existem — particularmente na cidade de Hamburgo <sup>(20)</sup> — secções de tribunais especializadas na resolução de casos que implicam a aplicação do direito estrangeiro.

Além disso, na prática judicial alemã criou-se o hábito de os tribunais, nos casos mais difíceis, enviarem os autos a um Instituto a fim de pedir um parecer acerca do direito estrangeiro <sup>(21)</sup>. Entre estes Institutos consultivos contam-se o Instituto Max-Planck de direito estrangeiro e internacional privado em Hamburgo, o Instituto de direito estrangeiro e internacional privado na Universidade de Colónia, assim como o Instituto de direito internacional (direito comparado) em Munique. Os pareceres mais importantes são anualmente publicados <sup>(22)</sup>. O Instituto de Munique dá normalmente trezentos pareceres por ano sobre o direito estrangeiro <sup>(23)</sup>.

Assim os casos que se seguem decorrem simultaneamente

---

<sup>(19)</sup> Acórdão da Relação de Lisboa, de 25-2-1976, Colectânea de Jurisprudência 1 (1976), 246 e segs. (247).

<sup>(20)</sup> Cfr. *Luther*, Kollisions-und Fremdrechtsanwendung in der Gerichtspraxis, *RabelsZ* 37 (1973) 660; *Siehr*, Special Courts for Conflicts Cases: A German Experiment, *The American Journal of Comparative Law* 25 (1977), 663.

<sup>(21)</sup> Esta prática é criticada por *Simitis*, Über die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht, *StAZ* 1976, 6 ss.

<sup>(22)</sup> *Ferid/Kogel/Zweigert*, Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (1965).

<sup>(23)</sup> Cfr. *Jayme*, Nochmals: Über die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht, *StAZ* 1976, 358.

da prática judicial alemã e também dos pareceres elaborados pelo Instituto de Munique para o direito português.

#### IV *O instituto jurídico desconhecido na Alemanha:* *A separação de pessoas e bens.*

A questão de saber como tratar os institutos jurídicos que são desconhecidos da *lex fori* é um problema clássico de direito privado e processual (24).

Veja-se, como exemplo, uma sentença do Tribunal de primeira instância de Hamburgo, cuja hipótese é a seguinte (25):

Um casal português vivia em Hamburgo. A esposa instaurou um processo perante o tribunal local de primeira instância e requereu a separação litigiosa de pessoas e bens por culpa exclusiva do marido.

O direito alemão não conhece uma separação do tipo da do direito português. Pelo contrário, apenas o divórcio está previsto, enquanto que, no direito português — como aliás na maioria das ordens jurídicas europeias — a separação pode representar um escalão anterior ao divórcio ou a sua substituição nos casos em que os cônjuges o não requeiram.

De início os tribunais alemães — particularmente o Tribunal Supremo do Reich (26) — recusaram a pretensão de sepa-

(24) *Dias Rosas*, As qualificações em direito internacional privado (1949), pág. 47; *Magalhães Collaço*, Da qualificação em direito internacional privado (1964), pág. 149, 178 ss.

(25) LG Hamburg, 12-12-1973, FamRZ 1974, 257; cfr. também OLG Karlsruhe, 6-12-1972, FamRZ 1973, 142 (uma portuguesa apenas separada de pessoas e bens em Portugal não pode casar com um alemão).

(26) RG, 12-10-1903, RGZ 55, 345.

ração segundo o direito estrangeiro. Para isso contribuiu, entre outros, o facto de as regras de competência alemãs não citarem expressamente este instituto jurídico. No direito processual criou-se assim um princípio peculiar: a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz do foro não pode infringir a «competência específica» dos tribunais alemães. Na formulação do Tribunal Federal de Justiça,

«o limite reside no ponto em que (com a aplicação do direito estrangeiro) a actividade cometida aos tribunais alemães seja tão essencialmente diversa das funções judiciais, que fique inteiramente fora do âmbito da competência do juiz alemão (27)».

Posteriormente no que se refere à separação do direito italiano, o Tribunal Federal de Justiça mudou, porém, completamente a orientação da jurisprudência alemã, afirmando que

«este limite não é ultrapassado quando os tribunais alemães decidem a separação de pessoas e bens (28)».

Assim decidiu também o tribunal de primeira instância de Hamburgo, no caso do casal português, considerando a acção admissível:

«Com a separação (segundo o direito português) são prosseguidos e alcançados em larga medida os mesmos resultados jurídicos e sociais que com o divórcio. Isso significa que, também do ponto de vista do direito de conflitos, a separação deve ser tratada da mesma forma que o divórcio, isto é, deve ser subordinada ao direito nacional dos cônjuges (29).

---

(27) BGH, 22-3-1967, BGHZ 47, 323 (333-332); sobre a «wesensneigene Zuständigkeit» cfr. *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts (2.ª ed., 1976) § 54.º pp. 403-405.

(28) BGH, 22-3-1967, BGHZ 47, 324 (334).

(29) LG Hamburg, 12-12-1973, FamRZ 1974, 257 (258).

Aliás a competência internacional dos tribunais alemães — segundo o § 606.º-b do Código de Processo Civil alemão — só tem lugar se a sentença de divórcio alemã tiver a probabilidade de ser reconhecida em Portugal. Neste contexto foram examinados pelo tribunal os pressupostos do reconhecimento estabelecidos no artigo 1096.º do Código de Processo Civil português.

A decisão é, do ponto de vista metodológico, particularmente elucidativa em relação à questão da qualificação em direito internacional privado. Revela-se claramente a autonomia dos conceitos de direito de conflitos tal como Rabel a reclamou: o conceito de «divórcio» nas normas de conflitos alemãs não está apenas limitado ao «divórcio» das normas de direito interno alemão, mas abrange também a separação de pessoas e bens do direito português. É certo, que não é através de uma qualificação genérica de direito comparado, no sentido de Rabel, que se chega a este resultado; pelo contrário, é o direito alemão que constitui uma directiva para a qualificação. O juiz alemão procede a uma comparação funcional em que analisa as funções e objectivos do instituto jurídico estrangeiro e recorre a um instituto semelhante nos quadros da *lex fori*. A prática judicial alemã elaborou desta forma uma teoria de qualificação que concilia a teoria da *lex causae* com a da *lex fori*.

#### V *Excursão acerca da jurisprudência portuguesa sobre o regime de bens do direito alemão*

Seja-me permitida neste momento uma incursão na jurisprudência portuguesa para elucidar as implicações das diferenças de sistema, tomando como ponto de referência o problema análogo da separação de bens como regime matrimonial.

---

(\*\*) Acórdão da Relação de Évora, de 21-4-1977, Colectânea de Jurisprudência, II (1977), 363 (364-365).

Consideremos um acórdão recente da Relação de Évora <sup>(30)</sup> :

«Uma sociedade de construções portuguesa propôs uma acção de rescisão de um contrato de empreitada contra um casal alemão alegando incumprimento do pagamento do preço».

Como só o marido tinha intervindo na celebração do contrato levantou-se o problema de saber se a mulher também responderia pelas dívidas (como acontece no direito português na comunhão de bens <sup>(31)</sup>).

A Relação aplicou o direito alemão e decidiu absolver a mulher com fundamento no regime de separação de bens <sup>(32)</sup>.

O tribunal considerou apenas as disposições relativas ao regime matrimonial de bens, não tendo, todavia, tido em atenção as normas gerais do direito matrimonial que o legislador alemão fixou num outro lugar da codificação.

Na realidade, a responsabilidade do cônjuge está prevista nessas normas, limitada, todavia, aos encargos da vida familiar <sup>(33)</sup>.

A Relação de Évora decidiu, porém, correctamente, uma vez que no momento da decisão apenas estava prevista a responsabilidade do marido pelas dívidas da mulher, mas não a responsabilidade da mulher pelas dívidas do marido.

O legislador alemão introduziu posteriormente (1-7-1977) essa responsabilidade.

---

<sup>(30)</sup> Cfr. por exemplo. Acórdão da Relação de Coimbra, de 9-1-1976, Colectânea de Jurisprudência, I (1976), 5.

<sup>(31)</sup> Na verdade, do regime matrimonial legal da «Zugewinngemeinschaft» resulta a separação de bens com administração própria dos bens de cada cônjuge; apenas no momento de dissolução do matrimónio há lugar a uma compensação.

<sup>(32)</sup> § 1357.º (1) BGB (1-7-1977): «Jeder Ehegatte ist berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, da ß sich aus den Umständen etwas anderes ergibt.»

## VI A questão prévia em direito internacional privado

A discussão da questão prévia em direito internacional privado ocupa um largo espaço na doutrina portuguesa<sup>(34)</sup>: a teoria de Wengler influenciou-a. Tanto quanto me apercebo prevalece hoje em Portugal a opinião de que é o direito da questão principal, e não as normas de conflitos da *lex fori*, quem simultaneamente decide as questões prévias que as normas materiais estrangeiras levantam<sup>(35)</sup>.

Na doutrina alemã as opiniões divergem e na prática há o esboço de uma teoria conciliatória, como o pode mostrar um caso do tribunal de comarca de Münster sobre direito de filiação português<sup>(36)</sup>:

«Uma portuguesa, não casada, teve um filho na Alemanha. Um português reconheceu o filho como seu. Os pais celebraram posteriormente casamento perante o cônsul português. Levantou-se então a questão da legitimação do filho (*legitimatío per subsequens matrimonium*).

Este simples caso não foi de fácil solução. Como se sabe os problemas de questão prévia, neste caso a determinação da filiação da criança, só ganham relevância prática quando diver-

---

(34) Cfr. *Ferrer Correia*, Da questão prévia em direito internacional privado, Estudos Jurídicos III, Coimbra 1970, pág. 241; *Baptista Machado*, Ambito de eficácia e âmbito de competência das leis, Coimbra 1970, págs. 321-322, nota 53; 374; *Baptista Machado*, Les faits, le droit de conflit et les questions préalables, Festschrift Wengler II (1973), pp. 444 e segs.; *Ferrer Correia*, A codificação do direito internacional privado, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 51 (1975), pp. 1 e segs., 101 segs.

(35) Cfr. *Cortes Rosa*, Da questão incidental em direito internacional privado (Lisboa 1960), pp. 152 e segs.; *Azevedo Moreira*, Da questão prévia em direito internacional privado, Coimbra 1968, pp. 215 e segs., 345; *Baptista Machado*, Lições de direito internacional privado, Coimbra 1974, pp. 298 e segs.

(36) AG Münster, 12-3-1975, ZfJugR 1976, 417. Cfr. *Jayme*, Vorfrageproblema, ob. cit.

gem as normas de conflitos interessadas bem como as normas materiais (37).

Segundo o direito internacional privado alemão a legitimação, como questão principal, está sujeita ao direito nacional da pai. O direito de filiação português levantava a questão prévia de saber se o filho nascido antes do casamento descendia do marido da mãe.

Aquí começam as divergências. Segundo o antigo direito de conflitos português era o direito português, como lei nacional do progenitor (38) que regulava também esta questão. Pressupõe-se, em princípio, que o pai reconhece o filho. De acordo com o direito internacional privado alemão a jurisprudência dos tribunais desenvolveu uma outra regra (39). Segundo ela o reconhecimento da paternidade está sempre subordinado ao direito alemão quando este regula o dever de alimentos, visto que, segundo o § 1600.º, a) do Código Civil alemão, os efeitos jurídicos da paternidade só podem ser feitos valer depois do reconhecimento (40). Para as crianças portuguesas com residência habitual na Alemanha vigora, porém, em matéria de alimentos, de acordo com a Convenção de Haia de 24-10-1956, a lei alemã. Esta, ao contrário do direito português, prevê que o filho — numa declaração especial — concorde com o reconhecimento da paternidade. Sem este acordo, em regra concedida por intermédio do seu representante legal, o reconhecimento da paternidade é ineficaz.

O tribunal de comarca de Münster aplicou o direito alemão; estavam aliás preenchidos os pressupostos dessa aplicação. Os tribunais alemães, porém, seguiram recentemente pelo caminho oposto e decidiram igualmente os pressupostos da legitimação pelo estatuto estrangeiro desta, isto é, afirmaram haver

(37) Cfr. *Neuhaus*, Grundbegriffe ob. cit., pág. 345.

(38) Art. 59.º do Código Civil; cfr. Acórdão da Relação do Porto, de 8-10-1969, J.R. 15 (1969) 827, 830 (obiter); Acórdão da Relação de Lisboa, de 16-6-1971, BMJ: n.º 208-187; Acórdão do S. T. J., de 19-5-1972, BMJ: n.º 217-82.

(39) Cfr. *Kropholler*, Die Kollisionsregeln des BGH für die Feststellung und Anerkennung der Vaterschaft, NJW 1976, 1011 e segs.

(40) BGH, 19-3-1975, BGHZ 64, 129.

também lugar a legitimação nos casos em que, segundo o direito alemão, não existe o acordo do filho (41). As decisões opostas deixam-se, porém, conduzir a um denominador comum quando se consideram os resultados.

Dá-se preferência à teoria da questão prévia que conduz à eficácia da legitimação. Assim ganha terreno uma teoria intermédia: em relação à questão prévia não se fala nem de conexão autónoma, nem de conexão dependente mas antes numa conexão alternativa *in favorem legitimitatis* (42).

Como nota à margem refira-se aqui outro problema que surgiu no mesmo contexto. Segundo o direito português era necessário um reconhecimento da maternidade para que se produzissem relações jurídicas entre a mãe e o filho ilegítimo. Segundo o direito alemão (tal como no novo direito português) pelo contrário, as relações jurídicas iniciam-se com o facto do nascimento (*mater semper certa est*). A República Federal Alemã aderiu à Convenção de Bruxelas sobre a determinação da maternidade que considera suficiente, para esta determinação, a declaração de uma mulher como mãe no registo de nascimento. Portugal aderiu na verdade à Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC) (43), mas não ainda à Convenção de Bruxelas, que, porém, é, na doutrina alemã, interpretada no sentido de que também deve valer para as crianças nacionais de Estados não aderentes, desde que tenham nascido em território de Estados membros (44).

A prática alemã contenta-se com o § 29.º, b) da lei sobre os registos civis, que prevê uma autenticação, pelo funcionário

---

(41) KG, 19-12-1975, NJW 1975, NJW 1976, 1034 (pai de nacionalidade jugoslava).

(42) Cfr. *Siehr*, Die rechtliche Stellung von Kindern aus hinkenden Ehen-Zur alternativen Anknüpfung der Vorfrage in favorem legitimitatis, StAZ 1971, 205; *Beitzke*, In favorem legitimitatis aut legitimationis? Festschrift Kegel (1977), 99. Cfr. também na doutrina portuguesa *Ferrer Correia*, A codificação ob. cit., p. 34 (conexão múltipla alternativa) e p. 37 (lei mais favorável ao filho).

(43) Cfr. Assembleia geral de Lisboa de 9 a 12 de Setembro de 1975, BJM: n.º 251-17.

(44) Cfr. *Simitis*, Die internationale Kommission für Zivilstandswesen (C. I. E. C.), RabelsZ 33 (1969), 30 e segs. (41-42).

alemão, do reconhecimento da maternidade feita de acordo com o direito português. Em muitos casos podia, porém, não se realizar tal declaração de reconhecimento da maternidade por parte de portuguesas que vivessem na Alemanha, o que conduziria mais tarde a casos problemáticos. A nova lei portuguesa conduz, contudo, à harmonia internacional nas relações familiares luso-alemãs.

## VII *Reenvio*

Com a questão precedente estamos em plena problemática actual do direito internacional privado, isto é na problemática da interpretação dos tratados internacionais<sup>(45)</sup>. A abundância de convenções de direito internacional privado conduziu a questões jurídicas totalmente novas<sup>(46)</sup>.

O conflito de tratados internacionais revela-se o futuro problema capital na nossa ciência<sup>(47)</sup>.

No comércio jurídico luso-alemão pode servir de exemplo um caso que o Tribunal Social de primeira instância da Renânia-Pfalz submeteu a parecer do Instituto de Munique<sup>(48)</sup>:

«Um jovem trabalhador português morreu num acidente de trabalho na Alemanha. Os seus pais preten-

---

(45) No comércio luso-alemão tem uma grande importância a questão de saber se a citação postal do réu residente na Alemanha é suficiente no âmbito das três Convenções de Haia sobre o processo civil. Cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 23-4-1976, Colectânea de Jurisprudência I (1976), 63; Acórdão do S. T. J., de 10-3-1977, in BMJ, n.º 265-175; Acórdão da Relação de Lisboa, de 13-5-1977, Colectânea de Jurisprudência II (1977) 612. A jurisprudência alemã recusa o reconhecimento da sentença estrangeira no caso de uma citação postal do réu alemão: com fundamento no § 328.º, I n.º 2 do Código de Processo Civil: OLG Celle, 10-2-1961, IPRspr. 1960-1961 Nr. 195 (sentença polaca); Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozedur (19.º ed., 1972) II, p. 1412.

(46) Cfr. *Majoros*, Systeme der «Bilateralisation» von multilateralen Konventionen, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1973, 4 ff.; *Jayme-Meessen*, Staatsverträge zum internationalen Privatrecht (1975).

(47) Cfr. *Majoros*, Les conventions internationales en matière de droit privé (1976); *Wienke*, Zur Anknüpfung der Vorfrage bei internationalprivatrechtlichen Staatsverträgen (1977); *Volkert*, Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht (1977).

(48) Parecer inédito G 4825-6.7 de 8-9-1976 (Sozialgericht Speyer-Zweigstelle Mainz).

diam, como sobreviventes, uma indemnização de alimentos, na forma de pensão, de acordo com o direito alemão da segurança social».

Neste caso o § 596.º do Código de Segurança Social do Reich determina que os ascendentes que o falecido sustentou com o seu salário, ou que sustentaria no caso de não ter sofrido o acidente de trabalho, recebam uma pensão correspondente a três décimos do salário anual, sempre que pudessem ter feito valer contra o falecido um crédito de alimentos. Colocava-se a questão de saber se o português vítima do acidente tinha dever de alimentos para com os seus ascendentes bem como qual o direito de que dependia esse dever de alimentos.

O Tribunal Social Supremo Federal, em casos em que foram vítimas de acidentes indivíduos de nacionalidade espanhola, submeteu a questão prévia do dever de alimentos ao direito nacional do pai da vítima, subordinando também ao direito estrangeiro a questão da carência de alimentos dos pais<sup>(49)</sup>.

O Tribunal Supremo resolveu, porém, de acordo com o direito alemão a questão da eventual capacidade para prestar os alimentos, porque, «na falta de outras constatações, se deve tomar como ponto de partida o facto de que a vítima continua a viver e a trabalhar na República Federal Alemã<sup>(50)</sup>». Isso conduz na prática a que a pensão de alimentos fique — após um prazo relativamente curto — novamente suprimida, visto que se supõe que um jovem estrangeiro solteiro constituirá família na Alemanha, e por isso, nunca mais poderá contribuir para o sustento dos seus ascendentes.

Semelhantes princípios são também válidos para os portugueses. Surge aqui, todavia, um problema específico. Portugal ratificou a nova Convenção de Haia sobre alimentos (2-10-1973) que contempla também os deveres de alimentos em relação

---

(\*) BSG, 27-6-1974, IPRspr. 1975 Nr. 79.

(\*\*) BSG, 22-10-1975, BSGE 40,268.

aos adultos, o que não aconteceu ainda com a República Federal Alemã, onde vigora ainda a velha Convenção de Haia.

Coloca-se aqui um problema novo<sup>(51)</sup>. De acordo com a convenção vigente em Portugal, a qual deve ter entrado em vigor depois da ratificação por Portugal, França e Suíça, é aplicável o direito da residência habitual do credor de alimentos. Pergunta-se então se o direito internacional privado alemão tem que admitir um reenvio à lei alemã. Acontece que as novas Convenções de Haia têm a particularidade de remeter também para o direito dos estados não aderentes. Ora como o direito internacional privado alemão faz, em princípio, uma referência global ao direito de conflitos português, também uma norma de uma dessas convenções internacionais, a que a Alemanha ainda não aderiu, pode conduzir a um reenvio à lei alemã.

Aplica-se na Alemanha a convenção não como tal mas como norma de conflitos portuguesa. O reenvio depende, portanto, no caso concreto, do facto de os ascendentes do acidentado terem a sua residência em Portugal ou na República Federal Alemã. Se vivem na Alemanha, então o direito internacional privado alemão remete para o direito português que, por sua vez, de acordo com a nova Convenção de Haia sobre alimentos, devolve ao direito alemão, o qual regula então o dever de alimentos.

### VIII *Direito dos estrangeiros e direito de conflitos*

Entramos agora no comércio internacional. Também aqui os tratados alcançaram um significado predominante<sup>(52)</sup>. A maioria das normas materiais foram, aliás, unificadas, como aconteceu nas Convenções de Haia para a unificação do direito

---

(51) Sobre o reenvio por convenção vigente no estrangeiro cfr. *Ahrens*, *Internationaler Verkehrsunfall-Recht des Aufenthaltsortes statt Recht des Deliktortes?*, NJW 1978, 467-468 (Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos acidentes de viação).

(52) Cfr. *Kropholler*, *Internationales Einheitsrecht* (1975).

de compra e venda, o que, todavia, não sucedeu com as normas de conflitos.

Além disso há domínios em que obrigações de direito internacional público garantem aos estrangeiros a mesma protecção que aos nacionais, como no caso da protecção da propriedade intelectual, onde vigora o princípio da assimilação do estrangeiro ao nacional <sup>(53)</sup>. Não se trata aqui de direito internacional privado mas sim da protecção dos estrangeiros.

Através de planos de codificação no âmbito da Comunidade Económica Europeia surgiram, porém, recentemente discussões acerca do significado do direito internacional privado <sup>(54)</sup>. Portugal, com a criação de um Instituto Nacional da Propriedade Industrial (1976) mostrou o seu particular interesse nas questões relativas à protecção da propriedade industrial. Da multiplicidade de problemas que aqui se levantam escolhemos o direito de marca.

Em regra os casos relacionados com Portugal surgidos nos outros países da Europa dizem respeito à protecção do vinho do Porto <sup>(55)</sup>.

Um caso fundamental do Tribunal Federal de Justiça referia-se todavia a uma outra hipótese de facto <sup>(56)</sup>:

A autora alemã tinha registado internacionalmente as marcas «Erdgold» e «Flava» para batata de semente. O réu, que explorava um armazém de batata, ofereceu (sem para isso estar autorizado) batata Flava-Erdgold à Agência Comercial Portuguesa, por via telegráfica. A autora viu nisso uma violação da sua marca. Colo-

<sup>(53)</sup> Cfr. *Baptista Machado*, Lições ob. cit., p. 386.

<sup>(54)</sup> Cfr. *Ulmer*, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht (1975); *Ulmer*, Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 41 (1977), 479 (resposta a quatro artigos por Neuhaus, Drobniig, von Hoffman, Martiny sobre o mesmo tema, *RabelsZ* 40 (1976) 189 e segs.).

<sup>(55)</sup> Supremo Tribunal Federal da Suíça, 6-4-1976, *GRUR Int.* 1977, 127 (da Silva's Port.).

<sup>(56)</sup> BGH, 2-10-1956, *BGHZ* 22, 1.

cou-se então a questão se saber se a violação se decide segundo o direito alemão ou de acordo com o direito português.

Portugal aderiu à Convenção de Madrid sobre marcas (14-4-1891). Do ponto de vista do direito de conflitos a marca internacional deve, todavia, ser vista como um «feixe» de marcas nacionais, isto é, o «princípio da territorialidade» conduz a um desmembramento do direito de protecção. Como neste caso a pretensa violação do direito à marca se verificou em Portugal o Tribunal Federal de Justiça considerou aplicável a lei portuguesa sobre a propriedade industrial. O tribunal recorreu para isso ao direito internacional da responsabilidade civil, particularmente ao princípio da *lex loci delicti*. Assim se vê que cabe ainda ao direito internacional privado, a par do direito dos estrangeiros, uma determinada importância neste campo do direito.

### IX *Jurisdição e competência internacional*

Tendo analisado hipóteses que se referem ao direito internacional privado gostaria agora de entrar em algumas questões fundamentais do direito processual civil internacional.

No direito alemão o conceito de «competência internacional» (*internationale Zuständigkeit*) foi, em princípio, desenvolvido a partir da jurisprudência e da doutrina<sup>(57)</sup>.

Assim o conceito designa, de forma pouco nítida aliás, quer a competência dos tribunais alemães nas questões externas (competência directa) quer a competência do juiz estrangeiro no reconhecimento de sentenças estrangeiras (competência indirecta<sup>(58)</sup>). Nesse domínio vigora a regra de que as normas

---

(57) BGH, 14-6-1965, BGHZ 44, 46; *Schröder*, *Internationale Zuständigkeit* (1971).

(58) Cfr. na doutrina portuguesa, *Baptista Machado*, *La compétence internationale en droit portugais*, Boletim da Faculdade de Direito da

sobre a competência territorial indiciam a competência internacional.

Dessa problemática se deve distinguir o conceito de jurisdição, que pertence ao direito internacional público e desempenha um papel especial no domínio da imunidade dos Estados<sup>(69)</sup>. Uma sentença da Relação de Coblença oferece um exemplo instrutivo, tirado das relações luso-alemãs, cuja hipótese é a seguinte<sup>(70)</sup>:

O autor, um intermediário alemão, instaurou um processo contra o Estado Português para obter a sua condenação ao pagamento de uma «comissão por mediação na compra de armas.» Instaurou-o perante o tribunal de primeira instância de Coblença, porque o réu tinha, segundo constava, créditos negociais contra a República Federal Alemã nos quais esta devia ser representada pelo Instituto de Técnica e Emprego de Armas em Coblença.

A Relação de Coblença considerou a petição admissível, mas rejeitou-a por falta de fundamento.

Neste contexto surge em primeiro lugar a questão de saber se o Estado Português pode ser demandado perante tribunais alemães. Trata-se de uma questão de limites de jurisdição dos tribunais alemães, um problema de direito internacional público. Segundo o artigo 25.º-1 da Constituição alemã as normas gerais de direito internacional público são parte integrante do direito federal. Em caso de dúvida sobre se uma regra de direito internacional público é ou não parte integrante do direito federal e sobre se produz ou não directamente direitos e obrigações para

---

Universidade de Coimbra 41 (1965) 97 e segs.; *Ferrer Correia*, Breves reflexões sobre a competência internacional indirecta, *Revista de legislação e de jurisprudência* 108 (1975-1976), 371 e segs., 109 (1976-1977), 4 e segs.

(69) Cfr. *Heidrich*, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht* (1969), 89 e segs.

(70) OLG Koblenz, 10-10-1972, OLGZ 1975, 379.

as partes, o tribunal tem que submeter a questão à decisão do Tribunal Federal Constitucional (Artigo 100.º-II da lei fundamental). Este formulou, em diversas sentenças, princípios sobre a imunidade dos Estados, nos quais a Relação de Coblença baseou a sua decisão <sup>(61)</sup>. De acordo com esses princípios há que distinguir nas actividades do Estado senão «acta jure imperii» ou somente «acta jure gestionis». Para estas últimas, que são meras actividades de direito privado, não há lugar a qualquer imunidade.

Pôs-se então a questão de saber se o contrato de mediação relativo à compra de armas deve ser qualificado como de direito público ou de direito privado. O problema é difícil não só porque o direito internacional público não apresenta quaisquer critérios de qualificação para a decisão mas também porque, pelo contrário se torna necessário recorrer aos direitos nacionais. A Relação examinou nessa matéria os direitos alemão e português e apoiou-se na base VII da lei portuguesa n.º 2020 de 19-3-1947, segundo a qual as fábricas de armamento portuguesas, enquanto unidades produtivas do Ministério da Defesa, estão submetidas aos princípios e normas de economia privada.

O acordo relativo à «comissão» tinha, por conseguinte, carácter privado, embora a defesa e a conservação das forças armadas pertença em si mesma às funções do poder soberano. A consequência era que o Estado Português não podia alegar neste caso qualquer imunidade de direito internacional público perante os tribunais alemães.

Uma questão completamente diferente é a de saber se os tribunais alemães observaram, do ponto de vista do direito processual, a competência internacional. Segundo a concepção alemã deve recorrer-se neste caso às regras sobre a competência territorial, entre as quais se encontra, no § 23.º do Código de Processo Civil alemão, a regra que confere competência ao Tribunal da Comarca da situação de um bem que seja proprie-

---

(61) BVerfG, 30-4-1963, BVerfGE 16, 27; BVerfG, 13-12-1977, NJW 1978, 485.

dade do réu (62). Nesta baseou o tribunal a sua competência internacional.

No âmbito da Comunidade Económica Europeia deixou, aliás, de existir a competência «exorbitante» do § 23.º do Código de Processo Civil alemão (63); em relação a Portugal ela pode ainda, todavia, ser utilizada em prejuízo do réu português. É suficiente que exista um qualquer bem de um português na Alemanha para fundamentar a competência internacional.

Se se trata do próprio Estado Português pode também aplicar-se o § 18.º do Código de Processo Civil alemão, segundo a qual a competência territorial em relação ao Estado, nas relações privadas é determinada pelo lugar dos serviços que são chamados a representá-lo no litígio, caso em que, em regra, a situação da sede da embaixada será determinante (64).

O caso mostra como se construiu nitidamente na jurisprudência alemã a distinção entre os limites de direito internacional público da jurisdição e as regras de processo civil acerca da competência internacional.

*NOTA — O autor agradece vivamente, aos Ex.ªª Bastonário e Pres. do Cons. Distrital do Porto, os convites que tornaram possível a apresentação do presente trabalho, cujo texto foi traduzido pelo Dr. Gil Galvão.*

---

(62) Cfr. o problema semelhante no direito português que surge na aplicação do artigo 83.º, n.º 1, do Código de Processo Civil: Acórdão da Relação de Lisboa, de 22-4-1977, Colectânea de Jurisprudência II (1977) 411 (pedido de arresto).

(63) Convenção de 27-9-1963, artigo 3.º

(64) OLG München, 19-12-1974, IPRspr. 1974 Nr. 146.

*Abreviaturas de revistas jurídicas alemãs e de coleções de jurisprudência:*

BB	= Betriebsberater
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSGE	= Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
FamKZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GRUR Int.	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Internationaler Teil
IPG	= Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht
IPRspr.	= Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLGZ	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
RabelsZ	= Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
StAZ	= Das Standesamt
ZfJugR	= Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt

*Abreviaturas utilizadas para os tribunais alemães:*

AG	= Amtsgericht (Tribunal de comarca)
BayObIG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht (Supremo Tribunal da Baviera)
BGH	= Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal)
BSG	= Bundessozialgericht (Supremo Tribunal Federal Social)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
KG	= Kammergericht (Relação de Berlim)
LG	= Landgericht (Tribunal de primeira instância)
OLG	= Oberlandesgericht (Relação)
RG	= Reichsgericht (Supremo Tribunal do Reich)