

O ÓNUS DA PROVA EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Por Geraldo da Cruz Almeida

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Colocação do Problema. 3. O princípio *iura novit curia* e o direito estrangeiro. *a)* — Nas Ordenações. *b)* — No Código Civil de 1867. *c)* — No Código de Processo Civil de 1939. *d)* — No Código Civil de 1966. 4. O princípio da *lex fori*. 5. Exceções e limitações. 6. Presunções — sua natureza. 7. O ónus da prova. 8. Distinção entre normas substantivas e processuais: *a)* — Critério negativista. *b)* — Critério prático. *c)* — Critério teórico. *d)* — O caso particular das normas sobre a prova. *e)* — Posição adoptada. 9. Natureza jurídica das normas sobre a prova. *a)* — Tese processual. *b)* — Tese substantiva. *d)* — Posição adoptada. 10. Os conflitos de qualificação. 11. A ordem pública. Abreviaturas. Bibliografia consultada.

1. INTRODUÇÃO

O tema da natureza jurídica do ónus da prova já foi considerado por alguns autores a espinha dorsal do Direito Processual Civil. Mas se atendermos que a sua raiz histórica se entronca na antiga distinção estatutária entre a *litis ordinatio* e a *litis decisio* podemos admitir, com segurança, que no centro desta problemática está igualmente a espinha dorsal de todo o Direito Internacional Privado. Se, como diz BÜTLER, a ciência do DIP inspira humildade a quem a cultiva, uma humildade redobrada deve animar a

quem se debruça sobre este tema que até hoje não cessou de preocupar a autores de reconhecida craveira internacional, desde que *JACOBVS BALDVINVS* (séc. XII-XIII) estabeleceu a distinção entre normas substantivas e normas processuais, essencial a toda a problemática da aplicação das normas no espaço ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

Dele se ocupou a quase generalidade dos cultores do DIP, tem sido objecto de estudo em congressos nacionais e internacionais e a quase generalidade dos processualistas, apesar da aparente simplicidade do princípio da *lex fori*, lhe têm dedicado muito do seu afã, sem que, contudo, até hoje, tenha sido encontrado um critério de distinção isento de quaisquer dúvidas. Por isso queremos ter bem presente a dificuldade do tema que nos propomos tratar,

⁽¹⁾ Até ao séc. XIII a solução dos conflitos de leis foi dominada ou pela aplicação global da *lex fori*, (cfr. neste sentido ver González CAMPOS, *Les Liens entre compétence judiciaire et la compétence législative en Droit International Privé*, Rec. Cours, 1977, III, tome 156, 1980, ps. ps. 248) defendida, entre outros, por AZON, KAROLUS DE TOCCO e ACURSIO, ou pela aplicação da lei considerada mais justa. Segundo E. M. MEIJERS (*Droit International Privé*, Rec. Cours, 1934, III, tome 49, ps. 592 e segs.) *JACOBVS BALDVINVS* veio romper com esta tradição considerando necessário distinguir entre "[...] o costume que diz respeito ao processo e o costume que diz respeito à decisão do processo". No que respeita ao primeiro é necessário seguir o costume do juiz; no que concerne ao segundo deve seguir-se o costume do lugar onde o contrato foi celebrado. Esta distinção, que surgia como reacção à aplicação cega da lei do foro, não logrou de imediato grande aceitação, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência permaneceram durante muito tempo orientadas pelo ponto de vista de ACURSIO. A sua importância posterior foi, todavia, de tal modo que valeu ao seu autor o título de pai da ciência moderna de direito internacional privado. Sobre estes aspectos ver MEIJERS, ob. cit. ps. 595-596. Cfr. igualmente ARMAND LAINÉ (in *Introduction au Droit International Privé*, tomo I, Paris 1888, ps. 166); JEAN MICHEL (in *La prescription libératoire en Droit International Privé*, Paris, 1911, ps. 27); WERNER GOLDSCHMIDT (in *Sistema y Filosofia del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, tomo III, segunda edição, ps. 51).

⁽²⁾ Segundo CLAUDIA MORVIDUCCI (in *La legge competente a regolare l'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato italiano*, RDIPP, anno XIII, n.º 4 ottobre-diciembre, 1977, ps. 733-734) BALDO, na sua glosa à margem da *Lei Cunctu populus* ("a primeira constituição do título *Summa Trinitate* do Código de Justiniano" — JEAN MICHEL, ob. cit. ps. 14) já havia solucionado o problema da lei aplicável à matéria da prova no sentido de reconduzir as normas sobre a admissibilidade da prova à *litis decisio* e as normas sobre a assumpção da prova à *litis ordinatio*. Como veremos adiante, é este ainda *grosso modo* o procedimento dominante em Portugal (cfr. VAZ SERRA in *Provas — Direito Probatório Material* — BMJ n.º 110, ps. 151 e segs).

embora não esperemos, como pretenderia o mesmo BÜTLER, ser avaliados com benevolência, pois a busca da verdade científica não se compadece com acções de altruísmo. Que tenhamos apenas o mérito de recolocar o problema e desafιά-lo uma vez mais com uma hipótese de solução. Por isso, refutamos *in limine* as soluções negativistas, hoje com um considerável número de adeptos e até de alguns ordenamentos jurídicos, que mais não seja pela importância prática de que o tema se reveste para ordens jurídicas como a portuguesa.

O título sob o qual nos propomos desenvolver o presente estudo — O ÓNUS DA PROVA EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ⁽³⁾ — requer algum esclarecimento. Não vamos tratar de toda a problemática do ónus da prova em DIP. Com efeito, todas as situações privadas internacionais, sejam as absolutamente internacionais, como as relativamente internacionais ⁽⁴⁾ suscitam problemas relacionados com o ónus da prova. O estado e a capacidade das pessoas, os negócios jurídicos, as coisas, as relações de família, a revisão de sentenças estrangeiras, a aplicação do direito estrangeiro, todos estes temas colocam, de um modo ou doutro, problemas relacionados com o ónus da prova. Poder-se-ia pensar que estudaríamos um a um aqueles institutos e trataríamos de igual modo todos os problemas do ónus da prova suscitados por aqueles

⁽³⁾ O tema é tratado na doutrina sob diferentes títulos. Sob o título proposto tratou-o DE NOVA num estudo a que não tivemos acesso *L'onere della prova in diritto internazionale privato*, cit. por CLAUDIA MORVIDUCCI, in *Prova (dir. int. priv.) Enc. del. Dir.*, vol. XXXVII, ps. 172. Mas utilizam-se igualmente os títulos *Le régime des Preuves en Droit International Privé Français*, ROGER PERROT, *Atti del III Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Venezia 12 a 15 de Abril de 1962)*, Milão 1969 e ainda *Les Conflits de Lois en Matière de Preuve*, ANDRÉ HUET, Paris 1965, ou em língua inglesa *Conflict of Law in the Field of Evidence...* LARS WELAMSON, *Atti... cit.*, ps. 88 e segs.

⁽⁴⁾ Na terminologia de JOSEPHUS JITTA igualmente adoptada pela doutrina portuguesa. Cfr, entre outros, BAPTISTA MACHADO, (*Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra 1974, ps. 10 a 12); RUI MANUEL GENS DE MOURA RAMOS que situa em JITTA, com a sua distinção tripartida de *situações nacionais, situações relativamente internacionais e situações absolutamente internacionais*, o aparecimento da tendência impressionista (*free law school*) em *Direito Internacional Privado (cfr. o seu Direito Internacional Privado e Constituição — introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra 1991, ps. 44 e segs.).

temas. Não é este o objecto do nosso estudo. Ele situa-se num plano anterior, mais propriamente a nível da interpretação do conceito-quadro, ou mais especificamente ainda a nível da qualificação⁽⁵⁾, plano este necessariamente preliminar. Trata-se estritamente da questão de saber se feita a remissão para um certo ordenamento estrangeiro são ou não aplicáveis as regras que disciplinam a prova, *maxime* o ónus da prova, vigentes naquele ordenamento, o que está dependente da opção que se fizer quanto à qualificação jurídica deste instituto.

2. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A questão do ónus da prova em Direito Internacional Privado entronca-se em três outros problemas de ordem mais geral que são o da distinção entre normas substantivas e normas processuais, o da aplicação da lei processual no espaço e ainda o da natureza substantiva ou processual das regras sobre a prova. Embora seja pacífico o entendimento segundo o qual a aplicação no espaço das normas processuais se rege pelo princípio da *lex fori*, existem determinadas normas, relativamente às quais é controversa a sua natureza se material, processual ou híbrida, donde a dúvida sobre se hão-de reger-se pela *lex fori* ou pela *lex causae*. A este problema se acresce o facto de não existir ainda absoluta segurança na doutrina quanto ao que se deve entender por normas substantivas e normas processuais, nem que, em face de um hipotético critério de distinção entre estas duas classes de normas, determinadas categorias jurídicas, como são o direito a acção⁽⁶⁾, a prescrição⁽⁷⁾, as

(5) Cfr. HUET, ob. cit. ps. 14; GIORGIO BALLADORE PALIERI in *L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*, Atti... cit. ps. 165 e segs.

(6) Cfr. MARIE-LAURE NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, 1986.

(7) O problema da prescrição em Direito Internacional Privado (DIP), é igualmente um dos temas mais antigos desta disciplina, porém preenhe de actualidade. Os pioneiros do DIP já lhe faziam referência. Dele se ocuparam autores como BARTOLO, BALDO, GUILLAUME DURANT, JACQUES DE REGYGNY, PIERRE DE BELEPERCHE, CINUS, ALBERIC DE ROSATE, JEAN FABRE, todos citados por JEAN MICHEL, in *La prescription Libératoire ...* cit., ps. 15 e segs. e muitos outros. Sobre este

presunções, o ônus da prova, e outros institutos similares devam ser considerados de natureza substantiva ou processual.

ponto ver igualmente E. M. MEIJERS, in *Droit International Privé*, Rec. Cours, 1934, III, tome 49, ps. 592 e segs. O tema terá sido mesmo objecto de estudo por parte dos comentadores da glosa *Quod si Boniensis* escrita à margem da lei *Cunctos populus* (MICHEL ob. loc.cit.). ULRICH HUBER (1636-1694) ocupou-se desta matéria em mais do que um lugar. Foi objecto do capítulo VII da sua obra *De Conflictu Legum* de que existe uma tradução portuguesa realizada no Seminário de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Rio de Janeiro, dirigida pelo Prof. Dr. HAROLDO VALLADÃO, Rio de Janeiro 1951, obra que por sua vez constitui o Título III da Parte II das *Prælectionum Juris Civilis Secundam Institutiones et Digesta Justiniani*, Leipzig 1707 — cfr. o prefácio do Prof. VALLADÃO à tradução portuguesa, ps. 3 e 4 — e também na obra *Jurisprudentia Universa*, como se refere M. MERLIN, in *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence*, tome douzième vb. *prescription* Sect. I, III, Paris, MDCCXXX, ps. 692. Também VOET se ocupou do tema em mais de um lugar. Cfr. MERLIN (ob. loc. cit.). O tema foi posteriormente retomado por JOSEPH STORY (in *Commentaries on the Conflit of Law*, London 1841, ps. 830 e segs.) e M. F. C. DE SAVIGNY (in *Traité de Droit Romain*, vol. 8, tradução francesa de M. CH. GUENOUX, Paris, 1851, ps. 269 e segs.).

É abundante a bibliografia sobre os conflitos de leis em matéria de prescrição. Além dos textos já referidos ocorrem-nos citar ainda M. MERLIN, *Recueil Alphabétique des Questions de Droit qui se presente plus fréquemment dans les tribunaux*, tome premier, vb. *Appel*, ps. 324 e segs., quatrième ediction, Paris MDCCXXVII; tome deuxième, quatrième ediction, vb. *communaux (biens)*, ps. 347 e segs., Paris MDCCXXVII; tome quatrième ediction, vb. *garantie*, ps. 512 e segs., Paris MDCCCXXVIII e tome sixième, vb. *prescription*, ps. 323 e segs., Paris, MDCCXXIX e bem assim as obras de M. TROPLONG *Commentaire sur la prescription*, Bruxelles, 1843, ps. 24 e segs.; JEAN MICHEL *La prescription libératoire em Droit International Privé*, P. ARMINJON, *L'usucapion et la prescription extinctive en droit international privé*, in *Mélange ANTOINE PILLET*, Paris, MCMXXIX, ps. 19 e segs.; CARLO CERRETI, *Legge regolatrice della prescrizione estintiva*, RDP, vol. IV, 1934, Parte seconda, ps. 67 e segs.; ROGER DAYANT, *Prescription civile*, *Répertoire de Droit International*, tome II Paris, 1969, ps. 615 e segs.; ANDREA GIARDINA, *La prescrizione in tema di vendite internazionali: la convenzione promossa delle Nazioni Unite*, in RDIPP, anno XI-n. 3, Luglio-Settembre 1975, ps. 465 e segs.; JEAN MICHEL, *Extrait du Répertoire de Droit International*, Paris, 1931; RICARDO MONACO, *L'efficacia Della legge nello spazio (Diritto Internazionale Privato)*, Torino 1954, ps. 91 e segs.; MAXIMILIEN PHILONENKO *De la prescription extinctive en Droit International Privé*, *Journal du Droit International*, 63e année, 1936, Janvier-Fevrier, 1936, ps. 259 a 283; 513 a 546; GIUSEPPE PUGLIESE *La prescrizione estintiva*, Parte segunda, terza edizione, Torino, 1914, ps. 727 e segs.; Além das obras referidas o tema aparece praticamente em todas as obras de carácter geral.

Porém, esta abundância de literatura estrangeira sobre o tema é contrastada com a escassez de literatura portuguesa dedicada especificamente aos problemas de conflitos de leis em matéria de prescrição. Quanto pudemos apurar a questão é estudada apenas em obras gerais ou em estudos que versam problemas de *qualificação e ordem pública*. Cfr., a

A controvérsia pode considerar-se universal. Com excepção dos chamados países socialistas que adoptaram a atitude de não tomar conhecimento do problema, em todos os ordenamentos jurídicos de que temos conhecimento tem sido eterno o debate quanto à fronteira que separa as normas substantivas das normas processuais.

Na doutrina jurídica anglosaxónica, embora todos os autores sejam concordes em afirmar que a *procedure* se rege pelo princípio da *lex fori*, ainda não estão de acordo sobre os termos da distinção entre o *right* e o *remedy*, critério com base no qual se distingue a *substantive law* da *procedure law*. Nos sistemas jurídicos romano-germânicos o critério básico de distinção tem sido encontrado na divisão estatutária entre a *litis ordinatio* e a *litis decisio*, mas também aqui não há unanimidade de pontos de vista sobre se aqueles institutos de fronteira se integram em uma ou outra destas categorias.

As tentativas de solução do problema têm sido variadas, como teremos oportunidade de dar a conhecer ao longo deste estudo. O seu interesse teórico é grande, mas maior ainda é o seu interesse prático, particularmente em ordens jurídicas como a americana, suíça e argentina em que o problema se apresenta com uma dupla faceta: põe-se a nível de questões puramente internas, em virtude do princípio vigente nos E.U.A. segundo o qual o tribunal aplica, nas situações interlocais, o direito substancial de cada Estado federado e o direito processual da federação, princípio que na Suíça e

este respeito, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, in *Da Qualificação em direito internacional Privado*, Lisboa, 1964, ps. 231 e segs.; A. FERRER CORREIA, in *Direito Internacional Privado*, Enc. POLIS, vol. 2, cols. 468 e segs. e também em *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973, ps. 285-286; JOAO BAPTISTA MACHADO, *Lições...* cit. ps.138 e 357. Refira-se, igualmente, que a própria jurisprudência não se revelou muito estimulante a este propósito, sendo certo que apenas apurámos um único caso em que ela se ocupou dos conflitos de leis sobre esta matéria (cfr. Ac. da RL, de 10 de Outubro de 1978, publicada na Colectânea de Jurisprudência, ano III, 1978, 2.º vol. ps. 1338 e 1339, sob o título transporte marítimo — contrato de fretamento — prescrição e caducidade — normas de conflitos — reenvio para a lei dum terceiro Estado).

Para uma tentativa de reconduzir a solução dos conflitos de leis em matéria de prescrição à teoria da *governmental interest analysis* de BRAINERD CURRIE cfr. GARY L. MILHOLLIN in *Interest analysis and conflicts between statutes of limitation*, The Hastings Law Journal, vol. 2, Setembro 1975, ps. 33 e segs.

na Argentina ganha uma formulação inversa, ou seja, cada Estado federado ou cada cantão aplica o direito substancial da federação às situações que estejam em contacto com mais do que um Estado federado ou mais do que um cantão. Mas põe-se igualmente nas situações internacionais, sejam as relativamente internacionais, como as absolutamente internacionais, por virtude do princípio de que o tribunal do foro aplica a suas próprias normas processuais, com exclusão, portanto das normas processuais estrangeiras.

Um interesse menor apresenta o problema nos ordenamentos romano-germânicos a nível das questões puramente internas. Na ausência de disposições legais transitórias que regulem a aplicação das normas processuais no tempo, é pelo critério de distinção entre normas substantivas e normas processuais que se resolvem os problemas daí decorrentes, em virtude da regra segundo a qual as normas substantivas se regem pelo princípio *tempus regit actum* e as normas processuais pelo da aplicação imediata. A este nível a distinção apresenta também interesse quanto à aceitação de determinadas espécies de recurso, como o recurso de revista e, em certa medida, o da apelação. Mas o interesse maior da distinção põe-se, tal como nos direitos anglosaxónicos, a nível das questões internacionais, em particular relativamente aqueles institutos sobre os quais é duvidosa a sua natureza se substancial ou processual.

A doutrina e a jurisprudência dos países submetidos a um e outro sistema dão-nos notícia de um sem número de situações que a todo o momento põem à prova a fragilidade dos critérios de distinção entre as duas classes de normas. Seria fastidioso enumerá-las aqui, por isso remetemos para a literatura, aliás, abundante sobre esta matéria⁽⁸⁾. Contudo, não vem a despropósito referir alguns exemplos que suscitam o problema da natureza jurídica do ónus da prova.

(8) ANDRÉ HUET, ob. cit. ps. 42 e segs.; R.H. GRAVESON, in *Conflict of Law — Private International Law*, 7.ª edição, Londres 1974, ps. 594 e segs.; WOLFF, in *Private International Law*, 2.ª edição, Oxford 1950, ps. 227 e segs.; R. H. GRAVESON, in *Cases on the Conflict of Law*, Londres, 1949, ps. 445 e segs.; J.H.C MORRIS, in *Cases on Private International Law*, 4.ª edição, Oxford, 1968, ps. 515 e segs.; *The American Law Institute, Restatement of the Law second Confliit of Law 2d*, St. Paul, 1934, ps. 698 e segs. e ainda a edição de 1971, ps. 349, entre outros.

Na situação do *contributory negligence* admite-se em alguns Estados membros dos Estados Unidos da América que cabe ao réu fazer a prova da negligência do autor, ao passo que em outros Estados Membros defere-se ao autor a demonstração de como agiu com a diligência necessária. Se se considerar que o ónus da prova tem natureza substantiva (*a rule of substance*), rege-se pela *lex loci delicti*, mas se se admitir que tem natureza processual (*a rule of procedure*) rege-se pela *lex fori*. Assim, se A intentar uma acção no Estado X que obriga o autor a fazer a prova da negligência do réu, por danos causados no Estado Y que perfilha a posição contrária, qual será a lei aplicável, a do Estado X ou a do Estado Y?

CHESHIRE apresenta ainda o seguinte exemplo: no direito inglês existe a presunção de que, conforme o seu nível de vida, o marido responde pelas despesas domésticas feitas pela esposa. Cabe ao marido afastar a presunção, demonstrando, por exemplo, que as despesas feitas pela mulher não eram necessárias. Supondo que pela lei do país X o marido responde pelas despesas domésticas feitas pela esposa, salvo se tiver sempre uma reserva de mercadorias, mas cabe ao vendedor provar que o fornecimento era insuficiente ao tempo do contrato. Supondo ainda que as compras foram feitas no país X em relação ao qual as três partes se encontram ligadas pelas conexões de nacionalidade, domicílio e residência. Se o comerciante accionar o marido em Inglaterra pelo preço das mercadorias cabe a ele provar que eram estritamente necessárias ou cabe ao marido fazer a prova da desnecessidade ⁽⁹⁾?

Um outro exemplo poderá ser construído a partir do direito português quando em contacto com o direito inglês. A norma do art. 68.º n.º 2 do CC estabelece a presunção de que em caso de dúvida sobre o momento do falecimento de duas ou mais pessoas, admite-se que uma e outra faleceram ao mesmo tempo. No direito inglês a presunção é no sentido de que, em caso de dúvida, o mais novo faleceu em último lugar. Supondo um acidente de viação ocorrido em Portugal que envolveu dois cidadãos ingleses A e B, respectivamente de 20 e 30 anos, em que ambos encontraram a

⁽⁹⁾ In *Private International Law*, 6.ª edição, Londres, 1965, ps. 582.

morte, sem que se possa determinar qual deles teria morrido em primeiro lugar. Se alguém pretender obter determinado efeito jurídico dependente da sobrevivência de *A* sobre *B*, aplicando-se o direito português cabe-lhe fazer a prova de que *A* faleceu em último lugar, ao passo que aplicando o direito inglês, funciona a favor dele a presunção, pelo que cabe à contraparte provar que *B* terá falecido em último lugar.

A solução destas e outras questões passa pela opção que se fizer quanto à natureza jurídica do ónus da prova. No último exemplo apontado, se optarmos pela natureza processual destas regras, aplicaremos à situação *sub judice* a disposição do art. 68.º n.º 2 do CC, ao passo que se atribuirmos ao instituto natureza substantiva, reger-se-á pelo direito inglês.

Procuraremos nas páginas que se seguem dar resposta a estas questões, para cujo enquadramento cremos justificar o estudo da problemática da aplicação do direito estrangeiro.

3. O PRINCÍPIO *IURA NOVIT CURIA* E O DIREITO ESTRANGEIRO

A aplicação do direito incumbe aos tribunais⁽¹⁰⁾. Deste princípio resultam duas consequências de sentido oposto: a primeira traduz-se na injunção dirigida ao juiz que consiste no dever de conhecer e aplicar o direito⁽¹¹⁾; a segunda na não obrigatoriedade para as partes de fazer a prova das disposições legais em que

⁽¹⁰⁾ Este princípio vem da Idade Média e exprime-se igualmente nos seguintes brocardos: *da mihi factum, dabo tibi jus; la cour sait le droit*. Cfr. CYRILLE DAVID, in *La Loi Étrangère devant le juge du fond*, Paris, 1965, p. 7, 202 e 203; MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra 1979, ps. 195. Sobre o princípio ver igualmente MIAJA DE LA MUELA, in *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 2.ª edição, Madrid 1954, ps. 369 e segs. Em particular, no confronto deste princípio com o direito estrangeiro, ver ALESSANDRO TOMASI DI VIGNANO, in *Lex Fori e Diritto Straniero*, Padova, 1964, ps. 51 e segs.

⁽¹¹⁾ Cfr. GIOVANNI VERDE, in *Prova (dir. proc. civ.)*, Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVII, ps. 623, segundo o qual neste ponto o processo é dominado pelo princípio do inquisitório.

apoiam as suas pretensões ⁽¹²⁾. Todavia, nem aquele dever, nem este poder — dever são absolutos. Nem o juiz tem sempre o dever de conhecer o direito aplicável ao caso *sub judice*, nem as partes se situam sempre na posição cómoda de meros colaboradores do tribunal no conhecimento do direito. Com efeito, o princípio *iura novit curia* é de âmbito nacional, no sentido de que o comando que impende sobre o juiz só tem valor absoluto com referência à *lex fori*. Mas quando se trata de conhecer e aplicar o direito estrangeiro (*lex causae* ou *lex delictum*) como que se opera uma inversão da posição relativa das partes e do tribunal. Quando o direito regulador do caso *sub judice* é um direito estrangeiro incumbe à parte que funda a sua pretensão em tal direito fazer a respectiva prova ⁽¹³⁾, sem prejuízo de o tribunal procurar obter officiosamente o respectivo conhecimento. Desta disposição resulta que se o juiz tem o dever absoluto de conhecer o direito nacional — *iura novit curia* — este dever se atenua, embora subsista igualmente no que respeita ao conhecimento e aplicação do direito estrangeiro. Mas de um dever absoluto passa a constituir um dever relativo em resultado da convergência de consequências decorrente do não conhecimento de um e outro direito ⁽¹⁴⁾. O legislador não admite sequer

⁽¹²⁾ Segundo VERDE há a necessidade de excluir o texto da lei do âmbito da disponibilidade das partes a fim de conservar a actividade jurisdicional o carácter de função pública e de assegurar o prosseguimento do objectivo de certeza e igualdade de tratamento (ob. cit. ps. 623).

⁽¹³⁾ É o critério dominante, mas apresenta algumas excepções (cfr. sobre este ponto MIAJA DE LA MUELA, ob. cit. 1.º vol. 2.ª edição, Madrid, 1954, ps. 372). Esta proeminência das partes resulta, como explica MORELLI, pelo facto de muito frequentemente elas têm melhor conhecimento desse direito que o tribunal (cit. por MIAJA, ob. cit. ps. 371), afirmação que se nos afigura prenhe de significado já que normalmente as partes têm em conta, na regulação dos seus interesses, o direito aplicável à situação concreta, quando não são elas próprias a fazer a escolha da lei aplicável (cfr. art. 41.º do CC). Todavia, não cremos que seja válido para o ordenamento jurídico português a opinião de MORELLI, segundo a qual a actividade das partes no conhecimento do direito estrangeiro teria carácter subsidiário (cit. por MIAJA ob. loc. cit.). Neste ordenamento a posição de subsidiariedade caberia eventualmente ao juiz (cfr. art. 348.º n.º 1, *in fine*), mas apesar disso estamos em crer que devem ser consideradas actividades concorrenciais de mesmo sinal, destinadas a esclarecer o tribunal sobre a lei aplicável ao caso *sub judice*.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, o legislador português não acolheu a posição doutrinária que defende uma postura absolutamente passiva por parte do juiz, quanto ao conhecimento e

a hipótese de o juiz desconhecer o seu próprio direito⁽¹⁵⁾. A consequência desse não conhecimento, pensável apenas em momento anterior à aplicação da norma, deverá ser o esforço absoluto desse conhecimento. Porém, no que respeita ao conhecimento e aplicação do direito estrangeiro, embora este esforço se imponha, ele não é absoluto, pois atingido um certo estágio de indagação, ou, para usar a expressão legal, na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito estrangeiro aplicável, recorre-se à aplicação do direito comum português (art. 348.º n.º 3)⁽¹⁶⁾.

Por isso, não podemos afirmar com MIAJA que o direito estrangeiro não está compreendido no princípio *iura novit curia*⁽¹⁷⁾. Esta relação de pertença existe⁽¹⁸⁾, porém com a diferença de que, admite o legislador, que, não obstante o esforço de investigação, o tribunal conclua no sentido da impossibilidade de determinar o conteúdo da lei aplicável. Neste caso, atenua-se o comando em que o princípio se traduz e, em virtude da impossibilidade da pronúncia de um *non liquet*, possibilita-se a aplicação das regras do direito comum.

prova do direito estrangeiro (cfr. sobre este ponto MIAJA, ob. cit. ps. 370). Sobre a questão nos países socialistas cfr. FRANCO FLORIO, in *La Codificazione del Diritto Internazionale Privato e Processuale in Cecoslovacchia*, Milão, 1967, ps. 169 e segs.

(15) Cfr. CYRILLE DAVID, ob. cit. ps. 156 e 202. As únicas exceções consentidas dizem respeito ao direito consuetudinário ou local que seguem o mesmo regime da lei estrangeira (art. 348.º CC).

(16) Com esta solução o legislador português resolveu uma questão assaz controvertida na doutrina, em particular entre os partidários daqueles que defendem que o direito estrangeiro deve ser tratado como *questão de direito* e aqueles que pretendem tratá-lo como *questão de facto*. Os defensores da primeira tese advogam com fundamento, uns, na presunção de identidade do conteúdo da lei estrangeira, outros, no seu eventual carácter excepcional, a aplicação da *lex fori*, contrariamente aos partidários da tese contrária que defendem, neste caso, a absolvição do réu, por falta de determinação do conteúdo da lei aplicável. Sobre este ponto, e para maiores desenvolvimentos, cfr. MIAJA, ob. cit. ps. 372 a 374; CYRILLE DAVID, ob. cit. ps. 158 e segs.

(17) Ob. cit. ps. 369. A posição da doutrina sobre esta matéria pode sintetizar-se na fórmula de que admitem a aplicação do princípio *iura novit curia* ao direito estrangeiro aqueles que o consideram como questão de direito e recusam essa mesma aplicação aqueles que o interpretam como questão de facto.

(18) Ver neste sentido ALESSANDRO TOMMASI DI VIGNANO, ob. cit. ps. 64.

a) O REGIME NAS ORDENAÇÕES.

O princípio de que o direito não carece de prova vem das Ordenações do Reino. O § 11.º do Tit. 58, Liv. III das Ordenações Afonsinas obrigava que os artigos se fundassem em "*cousa de feito e nam em cousa de direito*", porque o depoimento sobre direito "*nam valera nada*", preceito que transitou seja para as Ordenações Manuelinas (§ 8.º do Tit. 40, Liv. III), seja para as Ordenações Filipinas (§ 7.º do Tit. 53, Liv. III), apenas com algumas alterações de forma ⁽¹⁹⁾.

Ao princípio exposto estabeleciam os textos três ordens de limitações. Tratando-se de direito não escrito, costume ou direito "*de outro Reino ou Cidade onde a demanda se não trata*", ou seja, direito estrangeiro, a parte que o invocava era obrigada a fazer a respectiva prova ⁽²⁰⁾.

Destes textos resulta o acolhimento do princípio *iura novit curia* no que respeita ao direito comum escrito, pois se a parte não estava obrigada a fazer a respectiva prova, tal significa que sobre o tribunal impendia a obrigação do seu conhecimento. Mas, dos mesmos textos parece resultar, igualmente, que o princípio não era extensivo ao direito estrangeiro e ao que hoje se chamaria direito local ou consuetudinário que eram tratados, como as demais questões de facto, pelo que deveriam ser alegados e provados pelas partes. É esta, aliás, a nota que nos dá o Prof. ALBERTO DOS REIS, segundo o qual a solução antiga era a de tratar o direito estrangeiro como puro facto ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ As Ord. Afon. falavam em *cousa de feito* que as Ord. Man. e Fil. substituíram pela expressão "*cousa que consista em feito*". Mas a alteração mais significativa parece ter sido feita na última parte do preceito, pois enquanto as Ord. Afon. pareciam estabelecer a sanção da invalidade por alegações de direito — "*seu depoimento nam valerá nada*" —, as ordenações subsequentes substituíram esta sanção pela da ineficácia — "*tal depoimento nam tera effeito algum*".

⁽²⁰⁾ Cfr. Ord. Afon. Liv. III, Tit. 58, 11 e 12. Salvas algumas alterações formais este texto não sofreu alteração nas ordenações subsequentes. Cfr. Ord. Man. Liv. III, Tit. 40 9 e 10 e Ord. Fil. Liv. III, Tit. 53 8 e 9.

⁽²¹⁾ *Código...*, vol. III, ps. 305 e 306.

b) O CÓDIGO CIVIL DE 1867.

A regra das Ordenações transitou para o Código Civil de 1867, cujo art. 2406.º obrigava àquele que tivesse invocado algum estatuto ou postura municipal do país, ou alguma lei estrangeira, cuja existência fosse contestada, a fazer a respectiva prova. Nesta disposição a doutrina e a jurisprudência portuguesas viram retratados os três sistemas então vigentes quanto à recepção do direito estrangeiro. O *sistema da lei-facto*, segundo o qual a lei estrangeira é um simples facto que, como qualquer outro facto, deve ser alegado e provado pelas partes⁽²²⁾; o *sistema do árbitro judicial*, defendido por KORI, que fazia depender a aplicação do direito estrangeiro do arbítrio do juiz e o *sistema da lei-direito*, nos termos do qual a lei estrangeira é aplicada como direito.

O sistema da lei-facto era o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal de Justiça, com o fundamento de que não basta a invocação do direito estrangeiro, sendo igualmente necessária a sua prova, sem a qual não é possível a sua aplicação pelos magistrados⁽²³⁾.

A tese de KORI ou o sistema do arbítrio judicial teve em Portugal um adepto em GUILHERME MOREIRA, mas parecia ser dominante na doutrina a tese da lei-direito defendida pela RLJ, pelos Drs. MARNOCO E SOUSA, EDUARDO DE CARVALHO, LUIS GONÇALVES FORTES⁽²⁴⁾ e pelo próprio Prof. MACHADO VILELA, que via na remissão para o direito estrangeiro a sua incorporação no direito nacional, daí a sua consideração como direito e não como facto⁽²⁵⁾.

(22) Cit. por MACHADO VILELLA, *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado, Livro II, aplicações*, ps. 257, segundo o qual esta doutrina era igualmente seguida por DIAS FERREIRA. Cfr. igualmente ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. III, ps. 308.

(23) Cit. por VILELLA, ob. cit. ps. 257.

(24) Todos citados por VILELLA, ob. loc. cit.. Para maiores desenvolvimentos ver este autor ob. cit. ps. 258 a 261.

(25) Ob. loc. cit.

Para os defensores da tese da lei-facto ou do arbítrio judicial a aplicação do direito estrangeiro é dominada pelo princípio do dispositivo, diferentemente da tese da lei-direito que advoga uma posição activa por parte do tribunal, ou seja, *iura novit curia*. Esta parece ser, na verdade, a doutrina que resultava do art. 2406.º, já citado.

c) O CPC DE 1939.

O art. 2406.º do CC de 1867 coexistiu até 1961, data em que foi aprovado o novo CPC, com o art. 521.º do CPC de 1939, que introduziu no ordenamento jurídico português uma nova filosofia relativamente à recepção e prova do direito estrangeiro, estabelecendo a obrigatoriedade da prova da sua existência e conteúdo, apenas quando o tribunal o desconheça, mas impondo ao mesmo tempo ao juiz o dever de, officiosamente, procurar obter, por todos os meios ao seu alcance, o respectivo conhecimento.

Esta disposição transitou para o CPC de 1961 (art. 517.º), mas o DL 47 690, de 19 de Julho de 1967, que visou a adaptação do CPC ao novo CC, entretanto entrado em vigor, procedeu a sua eliminação⁽²⁶⁾, certamente pela consideração da natureza substancial e não processual destas regras⁽²⁷⁾. Não analisaremos esta disposição legal por corresponder no seu essencial ao regime previsto no CC de 1966, a cuja análise procederemos de seguida.

d) O CÓDIGO CIVIL DE 1966.

Este diploma contém fundamentalmente duas normas sobre a recepção do direito estrangeiro. O art. 348.º que regula o conhecimento e a prova do direito estrangeiro e o art. 23.º que estabelece as regras da sua interpretação e averiguação. O primeiro fixa como

⁽²⁶⁾ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol I, Coimbra, 1979, ps. 288.

⁽²⁷⁾ Cfr. sobre este ponto VAZ SERRA, in *Provas (Direito Probatório Material)*, cit. ps.61 e segs.

princípio geral que aquele que invocar direito estrangeiro deve fazer a prova da sua existência, mas o tribunal deve, officiosamente, procurar obter o respectivo conhecimento. Este artigo levanta dois problemas fundamentais, quais sejam o de saber se o direito estrangeiro é tratado pelo ordenamento jurídico português como *questão de facto* ou como *questão de direito* e bem assim o de saber se dele resulta para a parte que o invoca um verdadeiro e próprio ónus da prova.

Da consideração do direito estrangeiro como questão de facto ou como questão de direito ressaltam, como temos vindo a referir, consequências importantes. Sendo o direito estrangeiro um puro facto deve como tal ser alegado e provado, sob pena de não ser atendida a sua invocação em juízo; rege-se pelo princípio do dispositivo; vigora quanto a ele o princípio da proeminência das partes; o juiz não pode conhecer dele de ofício nem pode socorrer-se da sua ciência privada para proceder à sua aplicação. Pelo contrário, da consideração do direito estrangeiro como norma jurídica resulta a sua aplicação *ex officio*; rege-se pelo princípio da inquisitorialidade e não necessita de ser alegado nem provado pelas partes⁽²⁸⁾. Duvidoso é qual será a tese dominante nesta matéria. DI VIGNANI⁽²⁹⁾ admite que é aquela que considera o direito estrangeiro como uma *res facti*, mas outros autores como SALCEDO⁽³⁰⁾ e JOSÉ MESSIAS⁽³¹⁾ consideram que é aquela que proclama o carácter jurídico da norma estrangeira.

Creemos que só em face de um determinado ordenamento jurídico é legítimo questionar a natureza jurídica de um certo instituto, pois essa natureza deve decorrer necessariamente da conformação legal que lhe é dada nesse mesmo ordenamento⁽³²⁾. Assim, no que

(28) Sobre este ponto ver ALBERTO DOS REIS, *Código...*, vol. III, ps.305; WERNER GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Alberti, 1970, ps. 502.

(29) Ob. cit. ps. 47 e segs. Este autor apresenta uma lista considerável de nomes como MAURY, WOLFF, CHESHIRE, ROMANO, UDINA, MORELLI, MONACO, AGO, ARANGIO RUIZ, CARNELUTTI, ANDRIOLI, RAAPE e BROGGINI, todos defensores da natureza fáctica do direito estrangeiro.

(30) *Derecho Internacional Privado*, 2.ª edição, Madrid 1976, ps. 264.

(31) In *Derecho Internacional Privado*, Parte geral, 3.ª edição, ps. 396.

(32) Valem aqui os ensinamentos do PROF. OLIVEIRA ASCENÇÃO, in *Direito Autoral*, Lisboa, 1989, ps. 70.

concerne aos países anglosaxónicos é unânime o ponto de vista da doutrina no sentido de que a *Common Law* sempre tratou o direito estrangeiro como uma *res facti* ⁽³³⁾. O mesmo se dirá de outras ordens jurídicas como a argentina ⁽³⁴⁾ e a mexicana ⁽³⁵⁾, cujos textos legais adoptaram disposições claramente no sentido da consideração do direito estrangeiro como questão de facto.

⁽³³⁾ Ver nesse sentido Dicey and Morris in *Conflict of Law* 1980, ps. 1206; GOODRICH, *Handbook...*, ps. 232 e segs.; A.E. ANTON, *Private International Law*. Edinburg 1967, ps. 565, entre outros. Cfr. igualmente LEONEL PEREZNIETO CASTRO, in *Derecho Internacional Privado*. México, 1981, ps. 234, segundo o qual desde a famosa decisão *Mostyn vs. Fabrigas*, de 1774, é esta a teoria que vem sendo seguida pela doutrina inglesa. Ver ainda BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, ps. 246. CYRILLE DAVID admite, contudo, que esta afirmação deve ser recebida com alguns ajustamentos, na medida em que, quando da consideração do direito estrangeiro como facto resultam mais inconvenientes do que vantagens a *Common Law* deixa de o tratar como facto para passar a considerá-lo como direito. Só assim se explica a circunstancia de as questões de facto serem tratadas pelo júri e a prova do direito estrangeiro pelo juiz. Além disso, existem determinadas situações em que os tribunais da *Common Law* têm a obrigação de conhecer o direito estrangeiro. Tal acontece quanto esse direito é notório ou quando se trata de um direito da *Commonwealth*. Nestes casos dispensa-se a actividade da parte (in *La Loi Etrangère devant le Juge du Fond*, Paris 1965, ps. 29 e segs.). Parece-nos de aceitar a observação do autor, particularmente se tivermos em consideração a situação actual da Grã-Bretanha, como membro da Comunidade Europeia, donde lhe advém a obrigatoriedade de conhecer o direito desta organização. É claro que se poderá argumentar que o direito comunitário faz parte integrante das ordens jurídicas dos Estados (sobre este ponto ver ETIENNE CEREXHE, in *O Direito Europeu, vol. I, As Instituições*, Lisboa 1985, tradução de António Mota Salgado, ps. 219 e 220); GRAVESON *Conflict...* ps. 605.

⁽³⁴⁾ Ver WERNER GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, ps. 502 e 503. Dispõe o art. 13 do Código Civil argentino: a aplicação das leis estrangeiras nos casos em que este código autoriza, nunca terá lugar senão a pedido da parte interessada, sob cuja responsabilidade estiver a prova das referidas leis — cit. por GOLDSCHMIDT, ob.loc.cit.. Alguns autores têm procurado temperar a severidade desta disposição legal, por recurso à autonomia da vontade como elemento de conexão, considerando que nas situações em que o código impõe o recurso à lei estrangeira esta seria aplicada de officio. GOLDSCHMIDT contorna o problema por outra via, admitindo que o direito estrangeiro é um facto notório, não no sentido de um facto conhecido de todos, mas sobre o qual todos podem informar-se, donde retira o dever de officio do juiz na busca do conhecimento do direito estrangeiro. Sobre estes aspectos ver este autor, ob. cit., ps. 506-507.

⁽³⁵⁾ Ver LEONEL PEREZNIETO, Ob. cit. ps. 234, segundo o qual o art. 234 do Código de Procedimentos Civiles para el Distrito Federal e o art. 86 do Código Federal de Procedimentos Civiles admitem que o direito só é objecto de prova quando se funda em leis estrangeiras, em usos e costumes ou em jurisprudência.

Em outras ordens jurídicas como a francesa ⁽³⁶⁾ e a italiana ⁽³⁷⁾ ainda se discute a matéria, encontrando-se dividida a doutrina e a jurisprudência entre os dois pontos de vista expressos.

No que concerne ao direito português cremos que importa fazer uma distinção. Há dois momentos na aplicação do direito estrangeiro: *a)* — o momento do seu conhecimento e *b)* — o momento da sua aplicação.

No que respeita ao primeiro momento o direito estrangeiro deve ser tratado como questão de facto. Se o direito é em regra insusceptível de prova, exigindo a lei que o direito estrangeiro deva ser provado, sem prejuízo das diligências officiosas desenvolvidas pelo tribunal, então neste primeiro momento o direito estrangeiro é tratado como questão de facto. E não invalida esta afirmação a circunstância de o juiz poder investigar officiosamente a existência desse direito, na medida em que esta actividade é igualmente desenvolvida relativamente aos demais factos. Só que, no que respeita ao conhecimento e prova do direito estrangeiro a lei aumenta os poderes de investigação do juiz. Conhecido o direito estrangeiro — e este é o segundo momento — ele adquire a sua afirmação como direito ⁽³⁸⁾, afirmação que é integralmente respeitada, salvo quando, pelo seu conteúdo ofenda os princípios de ordem pública do Estado português. Esta solução decorre, seja do

⁽³⁶⁾ Ver quanto a este ponto BAPTISTA MACHADO, *Lições...* ps. 247. Sobre a questão nos países socialistas ver FRANCO FIORI, ob. cit. ps. 167 e 168, segundo o qual a doutrina socialista é concorde em afirmar que o direito estrangeiro deve ser considerado como direito e não como facto, com todas as consequências que daí decorrem: aplicação *ex officio*, possibilidade de recurso pela sua violação.

⁽³⁷⁾ DE VITTA noticia uma diferente posição da doutrina e da jurisprudência quanto a este ponto. Enquanto a jurisprudência se mostrou inclinada durante muito tempo a considerar o direito estrangeiro como questão de facto, outra era a posição da doutrina que propugnava pela sua consideração como direito (in *Diritto Internazionale Privato*, vol. I, Parte Geral, Torino, 1972, ps. 226 e segs.). Diversa é, porém, a opinião de DI VIGNANO que, embora admita essa diferente postura da doutrina e da jurisprudência, considera que a tese da lei-direito era a defendida pela jurisprudência e a da lei-facto pela doutrina (ob. cit. 45).

⁽³⁸⁾ Cfr. neste sentido MAGALHAES COLLAÇO, in *Lições de Direito Internacional Privado*, policopiadas, sem data, ps. 581; BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, ps. 248.

art. 23.º do CC, que manda intepretar a lei estrangeira dentro do sistema a que pertence, seja dô art. 721.º do CPC que permite o recurso de revista por violação de lei estrangeira ⁽³⁹⁾.

Uma outra questão que resulta do art. 348.º refere-se ao problema de saber se dele resulta um verdadeiro ónus da prova ⁽⁴⁰⁾ para a parte que invoca o direito estrangeiro. Autores como

⁽³⁹⁾ Esta solução terá sido adoptada, na sequência de uma dúvida que se pode considerar universal nos ordenamentos romano-germânicos, onde se discute a possibilidade de recurso por violação da lei estrangeira. Ver sobre este ponto MACHADO VILELLA, ob. cit. 264 e segs. A solução é controversa em Itália (cfr. DI VIGNANI, ob. cit. ps. 45 e segs.) e também em Alemanha, pronunciando-se favorável ao recurso VON BAR, (cit. por VIGNANI, ob.loc.cit.). O legislador português refutou, por conseguinte, uma ideia defendida por muitos autores (cfr. CARRILO SALCEDO, ob. cit. ps. 260 a 263) segundo a qual o direito estrangeiro se encontraria numa posição de inferioridade relativamente ao direito do foro (norma indígena-como se exprime SALCEDO). Esta ideia que, como reconhece este autor, não tem sido aceite pela generalidade da doutrina, encontra forte oposição em autores como FERRER CORREIA que defendem o *princípio da paridade de tratamento* entre o direito nacional e o direito estrangeiro (in *Direito Internacional Privado — alguns problemas*, Coimbra, 1989, ps. 163). Na verdade, não deixa de ser notável mesmo em autores como SALCEDO e BATIFFOL, a fragilidade da ideia de superioridade do direito do foro, que parece constituir um remanescente da *teoria da cortesia* (cfr. J. PINTO RUIZ, in *Derecho Internacional Privado*, Nueva Enc. Jur., Barcelona 1950, ps. 50 e segs.). Se dentro do seu âmbito de competência o direito estrangeiro tem os mesmos atributos que a lei do foro (SALCEDO, ob. cit. ps. 261) e se a sua aplicação resulta da escolha da própria norma de conflito do foro, tal significa que é a própria lei do foro a considerar a norma estrangeira como melhor colocada para resolver a questão *sub judice*. E nem se pode dizer que, neste particular, a lei do foro se abdica do seu "direito" de aplicação ao caso concreto — no que se traduziria a ideia de superioridade — na medida em que a generalidade dos autores parece concordar que a definição da norma de conflitos não é uma questão puramente doméstica, mas deverá ter em atenção as soluções vigentes no mundo civilizado. Além disso, a lógica do sistema obsta a tal entendimento. Se a norma de conflitos X exclui a norma material do foro Y em favor da norma material Z de um direito estrangeiro, a norma Y não pode ser superior à norma Z, por ter sido excluída à partida nas soluções de política legislativa, portanto ainda em estágio anterior à positivização da norma. No sentido acabado de expor cfr. EDOARDO VITTA, ob. cit. I, ps. 207 e segs., segundo o qual as normas de conflitos do DIP italiano conferem uma perfeita igualdade entre o direito estrangeiro e a *lex fori*, dando poucos tratamentos preferenciais a esta lei; MAGALHAES COLLAÇO, in *Da Qualificação ... cit.*, ps. 27.

⁽⁴⁰⁾ Sobre o ónus da prova do direito estrangeiro cfr. CYRILLE DAVID, ob. cit. ps. 143 e segs.

MICHELI ⁽⁴¹⁾ e CASTRO MENDES ⁽⁴²⁾ opinaram no sentido da descaracterização neste caso da figura do ónus, ou mesmo em sentido negativo, pela compensação do encargo que resulta do *princípio de aquisição processual* e *princípio da oficiosidade* ⁽⁴³⁾. MICHELI fala neste caso em ónus atenuado ou incompleto e o Prof. CASTRO MENDES considera que, em virtude da operância daqueles princípios, da figura do ónus só resta o nome ⁽⁴⁴⁾.

Temos dúvidas quanto a este ponto de vista. Se considerarmos os dois elementos fundamentais da figura do ónus — encargo; consequência — resulta que a operância do *princípio da oficiosidade* nem sempre esbate ou elimina qualquer daqueles elementos. Assim, no que respeita ao primeiro, existe uma operância concorrencial entre este elemento — encargo imposto sobre a parte de fazer a prova do direito estrangeiro invocado — e o princípio da oficiosidade — dever imposto ao juiz de investigar pelos seus próprios meios a existência do direito estrangeiro invocado. Até à exaustão da investigação o encargo e o dever continuam a impen-der em igualdade de circunstâncias sobre a parte e sobre o juiz e a actividade deste não diminui nem neutraliza o papel daquele. Até porque, sendo actividades concorrenciais, de mesmo sinal, uma não pode anular a outra, donde não resulta qualquer compensação do encargo ou atenuação do ónus em que o encargo se traduz. Apesar da sua concorrenciaisidade, estas actividades paralelas não se imiscuem uma na outra, mas têm por elemento comum prosseguir o escopo de fornecer ao tribunal a lei reguladora do caso *sub judice*. Alcançado esse escopo, seja pela actividade da parte, seja

⁽⁴¹⁾ GIAN ANTONIO MICHELI, in *L'onere della Prova*, Padova, 1942, ps. 125 e segs. Cfr. igualmente ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, 4.ª edição, Coimbra 1985, ps. 307; RICARDO MONACO, in *Efficacia della legge nello spazio*, Torino, 1954, ps. 93. Segundo este autor as partes não estão sujeitas a um ónus da prova em sentido técnico, mas têm apenas um interesse a provar, enquanto se prestam a ajudar o juiz na procura das disposições do direito estrangeiro. Ver igualmente neste sentido DI VIGNANO, ob. cit. ps. 55.

⁽⁴²⁾ In *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, 1961, ps. 437 e segs.

⁽⁴³⁾ O Prof. CASTRO MENDES não se ocupa desta temática a nível da investigação do direito estrangeiro, mas do ponto de vista do chamado ónus processual, ob. loc. cit.

⁽⁴⁴⁾ Do *Conceito...* cit. ps. 440.

por esforço do tribunal, prosseguiu-se a finalidade pretendida pela norma. Mas se o tribunal, em virtude da facilidade de meios, se adiantar à acção da parte e obtiver o conhecimento da norma em primeiro lugar, opera-se o ineficácia do encargo, em virtude da sua inutilidade, mas nunca a sua compensação ou atenuação. Neste caso, quase daríamos razão ao Prof. CASTRO MENDES, mas ineficácia não é inexistência. Todavia, se o tribunal apesar de todo o esforço desenvolvido, não chegar nem ele nem a parte a obter o conhecimento da norma, esta sofre necessariamente as consequências desse desconhecimento. O ónus da prova opera-se em absoluto, não obstante a acção do tribunal. Ora, não parece razoável que na construção dogmática do ónus da prova, na perspectiva do direito estrangeiro, se chegue umas vezes a conclusão da sua existência, outras vezes a conclusão da sua inexistência, consoante o tribunal logre ou não o respectivo conhecimento.

Em nosso ponto de vista o ónus existe sempre. Pode é acontecer que a actividade oficiosa do tribunal o torne inoperante e, em consequência, ineficaz ⁽⁴⁵⁾.

Esta solução parece ser a que resulta do art. 348.º do CC.

4. O PRINCÍPIO DA LEX FORI

Feita a remissão para o direito estrangeiro, devemos estabelecer limitações. Nem todo o direito estrangeiro é susceptível de aplicação, *maxime* as regras do processo. É unânime a tese segundo a qual a norma processual ⁽⁴⁶⁾ se rege pelo princípio da *lex*

⁽⁴⁵⁾ Em apoio deste ponto de vista cremos poder invocar a opinião de GIOVANNI VERDE, segundo a qual a actividade probatória da parte não condiciona a do juiz, nem em sentido negativo (quando as partes não fornecem as provas, nem procuram fornecê-las, o juiz pode providenciá-las *ex officio*), nem em sentido positivo (a prova oferecida pela parte e o seu acordo sobre o conteúdo da norma não exime o juiz do dever de controlá-la) (ob. cit. ps. 623).

⁽⁴⁶⁾ Alguns autores falam em “competência dos tribunais e a forma do processo” — Alberto dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, vol. 1.º, 2.ª edição, Coimbra 1928, ps. 41; outros apenas em “forma do processo” — MACHADO VILELLA, *Tratado...* ps. 209 e outros ainda simplesmente em “lei processual” — ANSELMO DE CASTRO, in *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. I, Coimbra 1981, ps. 74, ou no plural, “leis proces-

fori. É um princípio antigo que tem a sua sede nas doutrinas estatutárias da Idade Média ⁽⁴⁷⁾ que nos legaram a conhecida distinção entre a *litis ordinatio* e a *litis decisio*. Como observam alguns autores ⁽⁴⁸⁾, o princípio foi objecto de acolhimento em algumas legislações nacionais, nomeadamente, no Código Civil italiano de 1865 (Tit. Prel. art. 10.º), no Código Civil brasileiro de 1916 (Intr. art. 15.º), no Código Bustamante de 1928 (art. 314), no Código Civil italiano de 1942, (art. 27) e bem assim em alguns tratados internacionais, nomeadamente o Tratado de Montevideo, de 11 de Janeiro de 1889, sobre processo civil, a Convenção de Haia relativa ao processo civil, assinada a 17 de Julho de 1905 e a Convenção Relativa

suais" — MANUEL DE ANDRADE, *Noções...* ps. 52 e outros ainda em "Direito Processual"-WERNER GOLDSCHMIDT, in *Derecho Internacional Privado*, Alberti, 1970, ps. 441. Preferimos utilizar a expressão norma processual por nos parecer mais adequada ao tema em análise.

⁽⁴⁷⁾ Segundo AMILCAR DE CASTRO (in *Direito Internacional Privado*, 3.ª edição, Rio de Janeiro, 1977, ps. 587), citando GUTZWILLER, a enunciação do princípio parece ter sido feita desde o séc. XIII por BALDUINI (JACOBUS BALDUINUS) que advogou a aplicação da *lex fori* a todas as normas processuais, sem distinção das partes litigantes, podendo as questões de fundo serem regidas por outro direito. Ver igualmente e no mesmo sentido GOLDSCHMIDT, *Sistema...* ps. 51. O princípio pode considerar-se universal. Cfr. relativamente a *Portugal*: Alberto dos Reis, in *Processo Ordinário e Sumário...* ps. 41 e 42; *Inglaterra*: J. H. C. MORRIS, in *Dicey and Morris on the Conflict of Law*, 2.º vol., Londres, 1980, ps. 1175; *Escócia*: E.A. ANTON, ob. cit. ps. 541 e 542; *Itália*: GIULIO DIENA, *Principi di Diritto Internazionale*, Parte segunda, 2.ª edição, Milão-Roma-Nápoli, ps. 391; *Argentina*: WERNER GOLDSCHMIDT, in *Derecho Internacional Privado*, Alberti, Setembro de 1970, ps. 441; *Espanha*: JULIAN G. VERPLAETSE, in *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, ps. 633; *Canadá*: JONH DELATRE FALCONBRIDGE, in *Essays on the Conflict of Law*, 2.ª edição, Canadá, 1954, ps. 302; *Estados Unidos da América*: HERBERT F. GOODRICH, in *Handbook of the Conflict of Law*, 3.ª edição, ps. 227; *França*: F. SURVILLE, in *Cour Elementaire de Droit International Privé*, Paris, 1925, ps. 660; *Países socialistas*: FRANCO FLORIO, ob. cit. ps. 161; *Países escandinavos*: LARS WELAMSON in *Conflict of Law in the Field of Evidence According to Scandinavian Law*, in *Atti del III Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile* (Veneza 12 a 15 de Abril de 1962), Milano, 1969, ps. 89.

⁽⁴⁸⁾ Entre os quais MACHADO VILELLA, ob. cit. ps. 210; ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinário...* ps. 41, nota 3; GOLDSCHMIDT, *Derecho ...*, ps. 441; *Sistema...* ps. 5 e segs.; AMILCAR DE CASTRO, ob. cit. ps. 587; ISTVAN SZASZY, in *Private International Law in the European People's democracies*, Budapeste, 1964, ps. 156.

ao Processo Civil, concluída em Haia a 1.3.1954⁽⁴⁹⁾, que visou substituir a Convenção de 1905 para os Estados que a ratificaram.

Segundo ANSELMO DE CASTRO, o princípio da *lex fori* não se encontra formulado em termos gerais no CPC português, mas decorre com segurança dos art.s. 49.º, 65.º, 1094.º, 1096.º e 187.º n.º 2, todos do CPC⁽⁵⁰⁾.

A justificação do princípio está no carácter público das normas processuais⁽⁵¹⁾, mas invoca-se igualmente a natureza instrumental do processo⁽⁵²⁾ e o princípio da igualdade das partes.

(49) Sobre a situação jurídica destes tratados cfr. FERRER CORREIA e F. A. PINTO, in *Direito Internacional Privado, Leis e Projectos de Leis, Convenções internacionais*, Coimbra, 1988, ps. 586, nota 4. Segundo estes autores, a Convenção de Haia de 1905 só vigora actualmente em relação à Islândia que não se tornou parte na Convenção de Haia de 1.3.1954. Sobre a situação jurídica desta última convenção ver os autores citados, ps. 595. A 18 de Março de 1970 foi celebrada por iniciativa dos EUA uma nova Convenção em Haia que visou actualizar e alargar o âmbito subjectivo da Convenção de 1954. Essa Convenção encontra-se em vigor na ordem jurídica portuguesa. Cfr. a este respeito FERRER CORREIA e A. PINTO, ob. cit. ps. 616. Para uma análise desta Convenção ver LUIGI FUMAGALLI in *Problemi di Conflitto tra Convenzione dell'Aja del 18 de Marzo 1970 e leggi locale: il caso "aerospaziale"* — Riv. dir. int. priv. e proc. ano XXIII, n.º 4, Out.-Dez. 1987, ps. 709 e segs.

(50) Ob. cit. vol. I, ps. 75.

(51) Neste sentido, GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, ps. 441; CHESHIRE, in *Private International Law*, Oxford, 1958, ps. 649; MANUEL DE ANDRADE, segundo o qual o interesse público é o interesse dominante no processo (*Noções...*, ps. 52) e ainda CHIOVENDA, para quem a lei processual pertence ao direito público porque regula mais ao menos imediatamente uma actividade pública, mas tem uma posição especial que deriva da intercomunicação contínua entre o interesse público e o interesse privado (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol I, Napoli 1933, ps. 66). Embora os conceitos de interesse público e ordem pública não sejam sinónimos, atente-se na observação do Prof. ALBERTO DOS REIS (in *Processo Ordinário...*, ps. 42), segundo a qual, se a aplicação da *lex fori* se fazia a princípio a título de lei de ordem pública, a tendência actual (1928) do parêntese é nosso- é para considerar a *lex fori* como a lei normalmente competente para estabelecer o regime internacional da acção judiciária. Cfr. igualmente GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, ps. 8 e segs., que apesar de aceitar como válidos todos estes fundamentos e bem assim o argumento de BUSTAMANTE, segundo o qual o verdadeiro motivo da territorialidade está na ordem pública internacional, admite que o fundamento essencial da aplicação da *lex fori* está no carácter fungível das formas processuais. É a fungibilidade do processo que explica que cada tribunal aplique a sua própria tramitação. Ver ainda WOLFF, *Private International Law*, 2.ª edição, Oxford, 1950, ps. 226; E. A. ANTON, in *Private International Law*, Edinburgh 1967, ps. 541.

(52) MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, ps. 52.

nacionais ou estrangeiras, perante o tribunal ⁽⁵³⁾. CHESHIRE adiciona ainda um argumento de natureza prática, considerando que o processo é a parte mais técnica de todos os sistemas legais, cujas regras seriam ininteligíveis para um juiz estrangeiro e certamente impraticáveis pela máquina judicial ⁽⁵⁴⁾.

5. EXCEPÇÕES E LIMITAÇÕES.

Todavia, nem todos os autores estão de acordo com o carácter absoluto do princípio da territorialidade das normas processuais, por isso lhe apontam importantes excepções, sendo as mais relevantes as que decorrem do art. 187.º n.º 2 do CPC e a que diz respeito às normas sobre a prova ⁽⁵⁵⁾. Segundo o Prof. ANSELMO DE CASTRO ao permitir que na carta rogatória possam ser observadas determinadas formalidades que não repugnem à lei portu-

⁽⁵³⁾ Neste sentido CHESHIRE, *Private...*, 5.ª edição, ps. 649 e 650 e ainda 6.ª edição, ps. 581. Segundo este autor os litigantes estrangeiros não podem esperar ocupar perante um tribunal inglês lugar diferente do dos litigantes nacionais. Cfr. igualmente SATTA, in *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1981, ps. 258; ELIO FAZZALARI (in *Efficacia della legge processuale nel tempo*, Riv. Trim. dir. e Proc. civ., Dez. 1989, ano XLIII.n.º 4, ps. 893) que também invoca o princípio em defesa da aplicação imediata da lei nova.

⁽⁵⁴⁾ Ob. cit. ps. 550.

⁽⁵⁵⁾ O PROF. CASTRO MENDES indica outras situações que poderiam constituir excepção ao princípio da territorialidade das normas processuais, porém, para as combater, pois, no seu ponto de vista não há qualquer excepção decorrente da lei. Estas situações seriam as resultantes do art. 36.º do CC, que manda regular a forma da declaração negociada pela lei aplicável a substância do negócio, dos arts. 25.º e 1625.º do mesmo código e ainda do art. 225.º da Concordata celebrada entre o Estado português e a Santa Sé. Se o Direito Canónico poderá ser entendido como uma excepção, caso seja considerado direito estrangeiro, outro tanto não se poderá dizer dos demais casos. No que respeita ao art. 36.º se à primeira vista parece preterir as normas processuais portuguesas em favor de normas processuais estrangeiras, é de notar que se refere a matéria de direito substantivo (formalidade *ad substantiam*). No sentido exposto ver TITO BALARINO in *Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1982, ps. 676 e 677. Trata-se de direito probatório material a regular, em consequência, pela *lex causae*. Situação semelhante se passa com o art. 25.º do CC. Ao abrigo desta disposição a lei competente para regular a capacidade é a lei pessoal, mas daqui não se pode concluir ser esta mesma lei que regula a capacidade judiciária. Uma vez fixada a capacidade civil é sempre a lei processual portuguesa (art. 9.º do CPC) que se aplica (in *Direito Processual Civil*, vol. I, ps. 196 a 201).

guesa, o art. 187.º n.º 2 abre uma clara excepção ao princípio da territorialidade das normas processuais ⁽⁵⁶⁾, ponto de vista, todavia, contestado pelo Prof. CASTRO MENDES no sentido de que o art. 187.º n.º 2 apenas vem consentir que o tribunal aceda a praticar determinadas formalidades ⁽⁵⁷⁾.

Importa questionar a validade destes pontos de vista, dado o seu carácter contraditório, o que passa pela questão de saber qual a posição relativa da norma processual do foro e da norma processual estrangeira na regulamentação das referidas formalidades. Se a formalidade cuja observância é consentida acarreta a observância da norma processual estrangeira, traz como consequência o afastamento da norma processual do foro que seria a normalmente competente. Esta afirmação só não será verdadeira se a formalidade cuja observância é consentida ainda se realiza no quadro do ordenamento jurídico português, mas não nos parece que seja este o sentido da norma ao precaver-se contra as formalidades que repugnem a princípios de ordem pública do Estado português. Daqui parece resultar, que a observância das referidas formalidades se realiza ainda no quadro da norma processual estrangeira e não no da norma processual do foro, pois de outro modo não se colocariam problemas de ordem pública. Propendemo-nos pois pela opinião do Prof. ANSELMO DE CASTRO por nos afigurar mais de harmonia com a doutrina contida no art. 187.º.

6. PRESUNÇÕES. SUA NATUREZA

Todavia, não partilhamos o ponto de vista deste autor no sentido de considerar excepção ao princípio da territorialidade das normas processuais as normas sobre a prova, nomeadamente o

⁽⁵⁶⁾ Ob. cit. vol. I, ps. 75 e segs. Esta opinião foi igualmente defendida por MANUEL DE ANDRADE, *Noções...* ps. 53, ideia que já vem de A. PILLET, quem também defendeu a opinião de que as cartas rogatórias constituem uma excepção ao princípio da *lex fori* (in *Principios de Derecho Internacional Privado* (tradução espanhola), Tomo II, Madrid 1923, ps. 321).

⁽⁵⁷⁾ *Direito Processual civil*, vol. 1, ps. 204 e 205.

ónus da prova e as presunções⁽⁵⁸⁾. Esta consideração aproximamos do ponto central do nosso tema, a que dedicaremos nas páginas seguintes a atenção necessária. Mas adiante-se desde já que esse ponto de vista contém uma petição de princípio, qual seja a de que as normas sobre a prova são em regra de natureza processual, com excepção das normas que regulam a admissibilidade e o valor das provas, o ónus da prova e as presunções, sobre as quais incide um certo reflexo material. Colocar, porém, o problema sob o ponto de vista da natureza da norma sobre a prova, se material ou processual, equivale a matar à partida qualquer hipótese de ela constituir excepção ao princípio da territorialidade, pois, consoante a opção que se fizer por uma ou outra natureza será esta ou aquela a lei aplicável, sem que se possa falar de qualquer excepção.

É esta, aliás, a questão que nos ocupará de futuro — o da natureza das normas sobre as presunções e das normas sobre o ónus da prova.

Alguns autores afirmam a natureza material das normas relativas às presunções, sem qualquer distinção⁽⁵⁹⁾ mas não é líquido que todas as presunções revistam esta natureza. Tomaremos aqui como ponto de partida a noção de presunções que nos é dada pelo art. 349.º do CC — ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido — e a sua classificação tradicional, aliás resultante do texto citado, presunções legais (*juris et de jure* e *juris tantum*) e presunções judiciais — naturais ou de facto, também chamados *praesumptiones hominis*⁽⁶⁰⁾,

(58) Ob. cit. vol. I, ps. 76 e 77.

(59) Este parece ser o ponto de vista de ANSELMO DE CASTRO, (ob. cit. vol. I, ps. 77). Todavia, a ps. 72 deste manual o autor fala em presunções legais, donde se poderá inferir que desenvolve todo o seu raciocínio sobre as presunções desta natureza. Mas ainda que assim seja, e como veremos adiante, mesmo dentro das presunções legais a doutrina estabelece distinções.

(60) Sobre a distinção entre a *praesumptio juris* e a *praesumptio hominis* cfr. ROBERTO REGGI, in *Presunzioni* (dir. rom), Enc. del. Dir. vol. XXXV, ps. 257, para quem as *praesumptiones hominis* são “mere argomentazioni vinculative soltanto per la loro forza di virosimiglianza”, contrariamente as *praesumptiones juris* em que a autoridade para a determinação do facto incerto decorre das normas jurídicas. Ver igualmente FRANCO CORDOPATRI, in *Presunzioni* (dir. proc. civ.), Enc. del Dir. vol. XXXV, ps. 296. Sobre a distinção entre *praesuntiois jure et de jure* e *praesuntiois juris tantum* ver por todos REGGI, ob. cit. ps. 256 e 260 que a faz nos termos tradicionais de admissão ou não de

que na doutrina anglosaxônica têm os equivalentes *presumptions of law* (*irrebuttable presumptions of law* e *rebuttable presumptions of law*) e *presumptions of fact*. Quanto a estas últimas ⁽⁶¹⁾, portanto as equivalentes às *praesumptiones hominis* ou presunções naturais, entende SCOTT que devem ser reguladas pela *lex fori*, dada a sua natureza processual ⁽⁶²⁾. Já no que concerne as *irrebuttable presumptions of law*, as equivalentes às *presunções juris et de jure* e as *rebuttable presumptions of law* — *presunções juris tantum* — seriam reguladas pela *lex causae* por integrarem o *right* e não o *remedy* ⁽⁶³⁾. Diversa é a opinião de GOODRICH para quem a *ordinary presumption* a equivalente a *rebuttable presumption* de SCOTT, não tem natureza material (*is not a rule of substance*), mas sim processual, por isso se regularia pela *lex fori* ⁽⁶⁴⁾. Mas GOODRICH já concorda com SCOTT no sentido de que as *conclusive presumptions*, a equivalente a *irrebuttable presumption of law* de SCOTT, deve ser regulada pela *lex causae* por se tratar de *matter of substance* e não de *matter of remedy*.

O ponto de divergência entre estes dois autores reside na natureza da *rebuttable presumption of law* ou *ordinary presumption* (presunção simples), que na tese de SCOTT seria processual e na tese de GOODRICH material.

A controvérsia sobre a natureza jurídica das presunções é bastante antiga. Autores como STORY e ROLIN também se ocuparam desta matéria, pronunciando-se STORY no sentido de que as *presunções de facto* devem ser reguladas pela *lex fori* e remetendo

prova em contrário. Para um desenho das principais construções doutrinárias sobre presunções, ver JORGE FONSECA, in *Prova por presunções*, Revista do Ministerio da Justiça, (caboverdiana), ano 9.º, jan.º/ jun. 1984, n.º 22, ps. 122 e segs.

⁽⁶¹⁾ "That a man intends the natural consequences of his act", conforme a definição de SCOTT, *Private International Law*, London 1972, 327.

⁽⁶²⁾ A esta conclusão poderia igualmente ter chegado ANSELMO DE CASTRO ao discorrer sobre a aplicação no tempo das normas que respeitam ao direito probatório material, onde estabeleceu a distinção entre as provas que se formam no próprio processo e as demais provas, considerando que, quanto àquelas, se aplica imediatamente a lei nova (ob. cit. vol. I, ps. 65). Esta lógica deveria levar o autor a aplicar a lei nova às presunções naturais e, do ponto de vista da aplicação da lei no espaço, a *lex fori*.

⁽⁶³⁾ Ob. cit. ps. 327.

⁽⁶⁴⁾ *Handbook of the Conflict of Law*, 4.ª edição, ps. 150.

as demais presunções para a *lex causae* ⁽⁶⁵⁾. ROLIN solucionava o problema por via indirecta: há-de ser a lei que rege a relação *sub judice* que deverá regular igualmente a presunção, mas admitia que a interpretação da presunção (saber por exemplo se se trata de uma presunção *juris et de jure* ou *juris tantum*) cabe à lei em virtude da qual a presunção é aplicada ⁽⁶⁶⁾.

Em Portugal ocupou-se desta questão MACHADO VILELLA que emitiu o ponto de vista de que a presunção, seja legal (*juris et de jure* ou *juris tantum*) ou judicial deve ser regulada pela lei que rege a obrigação a provar — entenda-se *lex causae* — na medida em que a presunção envolve uma dispensa de prova. Mas quanto às *presunções hominis* admite que a sua força probatória depende do prudente arbítrio do julgador ⁽⁶⁷⁾.

Não obstante esta divergência de opiniões sobre a natureza jurídica das diversas classes de presunções, cremos ser dominante a doutrina no sentido de que as presunções legais, sejam *juris et de jure*, sejam *juris tantum*, são de natureza material, pertencem no dizer dos anglosaxónicos ao *substantive law* e as presunções judiciais de natureza processual, isto é, constituem *matters of procedure*. Na verdade, mal se compreende que estas presunções sejam separadas dos direitos subjectivos que visam acautelar, afirmação que se nos afigura verdadeira, seja quanto às presunções *juris et de jure*, seja quanto às presunções *juris tantum*, que ao fundarem-se em ilacções da lei, realizam a mesma função que as presunções *juris et de jure*, porém com a diferença de que, neste caso, o legislador conhece a base da presunção e fixa de forma irrefutável a

⁽⁶⁵⁾ JOSEPH STORY, LL.D. in *Commentaries on the Conflit of Law*, cit., 1883, ps. 851.

⁽⁶⁶⁾ ALBERIC ROLIN, in *Principes du Droit International Privé*, Tomo III, Paris, 1897, ps. 50 e segs.

⁽⁶⁷⁾ Ob. cit. Livro II, ps. 230 e 231. No mesmo sentido JULES VALERY (In *Manuel de Droit International Privé*, Paris 1914, ps. 753 e 754) que, sem operar qualquer distinção entre presunções *iuris* e presunções *hominis*, opina igualmente no sentido de que as presunções devem reger-se pela lei que regula a substância da relação *sub judice*, pois seria ilógico separar um direito das presunções instituídas a seu favor, ou pelo contrário aplicar a um direito criado por uma lei estrangeira as presunções admitidas pela lei francesa.

ilacção a seguir e no segundo caso admite a verificação da base da presunção e fixa do mesmo modo a ilacção a seguir que poderá ser num sentido ou noutro, consoante se verifique ou não a base da presunção. No primeiro caso o legislador toma como certa e incontestável a verificação do facto conhecido e, no segundo caso, adquire como contingente essa mesma verificação, que poderá, apesar disso, tornar-se incontestável mediante prova. Se tal acontecer a presunção *juris tantum* realiza a mesma função que a presunção *juris et de jure*, pelo que devem partilhar da mesma natureza ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁸⁾ Esta é igualmente a opinião de GOLDSCHMIDT, in *Sistema...*, ps. 19 e 20. Este ponto de vista é igualmente defendido pelo autor em *Derecho Internacional Privado*, cit., ps. 442. A tese é partilhada por FOELIX, BROCHER, LAURENT, WEIS E VON BAR, todos citados por GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, ps. 20. Cfr também neste mesmo sentido J.H.C.MORRIS in Dicey and Morris on the *Conflict of Law*, que seja na edição de Londres de 1967, ps. 1100 a 1102, seja na edição de Londres 1980, vol. 2.º, ps. 1189 e 1190 defende o ponto de vista exposto, mas admite que é duvidoso que as *rebuttable presumptions* tenham natureza material ou substancial. Concorda, contudo que, por estarem estritamente ligados à existência de direitos substantivos devem ser caracterizados como *rules of substance*. Neste mesmo sentido ver ainda ROBERT A LEFLAR in *American Conflicts Law*, 1959, ps. 296 a 299; ANDRÉ HUET, ob. cit. ps. 82 e 83 e sobretudo 154 e segs. Neste sentido se pronuncia também ROGER PERROT, que advoga a aplicação da *lex causae* às presunções legais seja qual for a sua natureza, pela razão de que ambas repousam em ilacções da lei, ambas realizam uma deslocação do objecto da prova e são postas por razões de natureza substantiva. A estas razões teóricas acresce uma razão prática resultante do facto de a distinção entre as duas modalidades de presunções legais ser bastante ténue, na medida em que existe entre elas as chamadas presunções relativas que, embora admitindo prova contrária, não podem ser abaladas senão em determinados casos e mediante certos meios de prova (in *Le Regime des Preuves en Droit International Prive Français*, *Atti del III Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile* (Veneza, 12 a 15 de Abril, 1962), Milão, 1969, 19 e 20 a 22). Ver igualmente BAPTISTA MACHADO, in *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra 1968, ps. 274 que, raciocinando sobre a aplicação no tempo das normas sobre a prova admite, com RUBIER e LEVEL, que as presunções legais, sejam *juris et de juris*, sejam *juris tantum* se regulam pela lei vigente ao tempo da verificação dos actos ou factos aos quais vão ligadas, estabelecendo, contudo, relativamente às presunções legais (simples) uma ressalva quando se refiram aos pressupostos de uma situação jurídica inteiramente nova, que — deixa implícito — se regem pela lei nova. Na lógica deste entendimento cremos poder admitir ser o ponto de vista do autor a tese da natureza material das presunções legais e, em consequência, no plano da eficácia das leis no espaço, a da aplicação da *lex causae*.

Quanto às presunções *hominis* parece igualmente dominante a doutrina no sentido de que, por se fundarem em argumentos pessoais do juiz, são de natureza processual, regendo-se por isso pela *lex fori* ⁽⁶⁹⁾.

7. O ÓNUS DA PROVA

Uma outra exceção ao princípio da aplicação territorial das normas processuais encontraria a sua expressão nas regras sobre o ónus da prova, mas quanto a este ponto — seu carácter excepcional — valem as considerações feitas sobre a eventual excepcionalidade das normas sobre as presunções, ou seja e em síntese, só seria legítimo questionar sobre o seu carácter excepcional, se fosse definitivamente incontestável a natureza processual das normas sobre a prova, como não parece fazer sentido admitir ou questionar sequer a sua excepcionalidade uma vez decidida pela sua natureza material. Como já se referiu não é nem líquida nem fácil, como demonstraremos, a decisão num ou noutro sentido. Daí que a questão que nos ocupará daqui em diante será exactamente o problema da natureza jurídica das normas sobre o ónus da prova, exaustivamente debatida pela doutrina no quadro da problemática da natureza jurídica das normas sobre a prova ou — se quisermos recuar um pouco mais — no quadro da distinção entre normas processuais e normas substantivas que, em direito internacional privado, se traduz no problema da qualificação.

⁽⁶⁹⁾ Em sentido contrário cfr. GUILIO DIENA que se insurge contra a distinção entre *praesumptiones iuris* e *praesumptiones hominis* para efeitos de determinação da lei aplicável, por entender que ambas as presunções devem ser reguladas pela lei que rege intrinsecamente a relação jurídica a que a prova se refere (in *Principi di Diritto Internazionale*, 2.ª edição, Milão-Roma-Nápoli, ps. 403). E também BROCHER, citado por André HUET, ob. cit., ps. 82, nota 28. Este autor pode ter alterado o seu ponto de vista, na medida em que é apontado por GOLDSCHMIDT como um dos defensores da tese dominante. Cfr. igualmente R.H.GRAVERSON, in *The Conflict of laws*, 6.ª edição, Londres 1969, ps. 644 e bem assim in *Conflict of Law, Private International Law*, 6.ª edição, Londres 1974, ps. 602, no sentido de que as presunções, sejam legais, sejam judiciais são geralmente reguladas pela *lex fori*.

Indagar, pois, sobre a natureza jurídica das normas sobre o ónus da prova pressupõe duas ordens de recuo: distinção entre normas substantivas e normas processuais; conhecimento da natureza jurídica das normas sobre a prova.

8. DISTINÇÃO ENTRE NORMAS SUBSTANTIVAS E NORMAS PROCESSUAIS.

Uma matéria normalmente omissa nos manuais de introdução ao estudo do direito é a classificação que distingue as normas jurídicas em substantivas e processuais ⁽⁷⁰⁾. É particularmente no domínio do Direito Internacional Privado que a matéria tem sido estudada, mas não tem faltado quem se interroge sobre as razões deste proceder ⁽⁷¹⁾, pois a questão interessa, como ficou demonstrado, não apenas ao DIP, mas também a toda a problemática da aplicação das leis no tempo. Daí que também é usual cuidarem os processualistas desta matéria, como teremos oportunidade de verificar nas páginas que se seguem.

⁽⁷⁰⁾ O Prof. MENEZES CORDEIRO, in *Norma Jurídica*, Enc. Polis, vol. IV, cols. 669 e segs. — adopta a classificação de *normas primárias* e *secundárias* (cols. 673 e 674), distinguindo estas entre *normas de reconhecimento*, as que permitem identificar certas regras primárias como pertencente a um dado ordenamento jurídico; de *modificação*, as que atribuem competência para alterar normas primárias e de *decisão*, as que atribuem competência para aplicar normas primárias. Esta classificação parece corresponder a distinção de BEALE entre *primary* e *secondary right*, sob a qual este autor analisa toda a problemática da separação entre normas substantivas e processuais (cfr. GOODRICH, ob. cit. ps. 143, nota 3). Com efeito, o processo é dominado essencialmente por normas secundárias, também chamadas normas de estrutura, de organização ou de competência (cfr. NORBERTO BOBIO, in *norma Giuridica*, Novissimo Digesto Italiano, vol. XI, ps. 336), ou normas sobre normas, na construção de GIERKER ZELLER (*rechtsanwendungsbarkeits-recht*), cit. por MICHELI, ob. cit. ps.181, nota 2.

⁽⁷¹⁾ Cfr. ANDRÉ HUET, ob. cit. ps. 14 que coloca a questão no plano das chamadas qualificações primárias. Alguns autores como CHESHIRE questionam por que razão a distinção entre normas substantivas e normas processuais deve ser feita no âmbito do DIP, questão que é pertinente, na medida em que, como já vimos, a sua importância não se coloca só no plano do DIP, mas também no domínio da aplicação das normas no tempo (Cfr. a este respeito BAPTISTA MACHADO, in *Sobre a aplicação no tempo...*, ps. 20 e 21, 273 e segs. e 312. Sobre as qualificações primárias e numa perspectiva crítica cfr. FERREZ CORREIA in *Direito Internacional Privado — alguns problemas*, cit., ps. 160 e segs.

Uma doutrina de relevante importância sobre a distinção entre normas substantivas e normas processuais tem sido desenvolvida pelos anglosaxónicos, dentro da qual cremos poder operar a separação entre aqueles autores que defendem um critério prático de distinção entre as duas classes de normas — estes são em maioria —; aqueles que optam por um critério teórico a partir do qual estabelecem a distinção em causa e, por fim, aqueles que opinam por uma posição negativa, considerando desnecessária a distinção. Esta classificação que acabámos de propor pode ser mesmo considerada a postura da doutrina em geral relativamente à problemática da distinção entre normas substantivas e normas processuais a que cabe acrescentar uma outra que poderíamos chamar eclética ou híbrida que, partindo de um critério teórico, admite todavia a existência de uma zona cinzenta onde seria difícil ou até impossível a distinção.

Vamos passar em revista estas diversas posições doutrinárias que para facilidade de compreensão chamaremos *a)* — critério negativista; *b)* — critério prático; *c)* — critério teórico.

a) Critério negativista.

São hoje em número considerável aqueles que propõem o abandono da distinção entre normas substantivas e processuais não só pela dificuldade que suscita, mas também porque se admite que que as normas ditas substantivas adquirem natureza processual, quando encaradas sob o ponto de vista judicial ⁽⁷²⁾.

Na linha deste entendimento parece situarem-se autores como TABORDA FERREIRA e F. RIGAUX ⁽⁷³⁾ que opinam no sentido da desnecessidade de se questionar a natureza jurídica das regras sobre a prova com o argumento de que tal indagação releva mais

⁽⁷²⁾ Ver neste sentido, FRANK, cit. por DENTI, ob. cit. ps. 168; CHAMBERLAYN e MORGAN, cits. por GOODRICH, ob. cit. ps. 142, nota 1 E 143 NOTA 5; COOK, cit. por GLDSCHMIDT, *Sistema...*, ps. 51, além do próprio DENTI, ob.loc.cit..

⁽⁷³⁾ In *Vers la solution du problème de qualifications* e tb F. RIGAUX, ambos citados por ANDRÉ HUET in *Les Conflits de lois en matière de preuve*, cit., ps. 13.

do gosto pelo conceito, impede medir a exacta delimitação dos interesses em presença e descamba em conflitos doutrinários des-tituídos de interesse ⁽⁷⁴⁾.

A tese é, porém, combatida por HUET que considera a quali-ficação de importância capital, na medida em que da sua natureza substantiva ou processual resulta a sua adstrição a esta ou aquela norma jurídica ⁽⁷⁵⁾. Parece-nos procedente a crítica de HUET. Não questionar a natureza jurídica das normas sobre a prova equivale a assumir uma posição dogmática ou a não ter sequer posição relati-vamente a problemas fundamentais não só respeitantes à aplicação da lei no espaço, como aquele que de momento nos ocupa, mas também relativamente à aplicação da lei no tempo.

b) Critério prático.

Na doutrina anglosaxónica é dominante a tese que defende a distinção entre *matters of substance* e *matters of procedure* con-forme as conveniências do tribunal — «according to the convenience of the court» ⁽⁷⁶⁾. Por isso a quase generalidade dos autores anglo-saxónicos não se mostra preocupada com a enunciação de um cri-tério teórico que permita distinguir as duas classes de normas. Dado o carácter essencialmente prático do critério estes autores apresentam uma lista das *matters of procedure* — entre as quais enumeram as de natureza controversa: *burden of proof*; *presuntions* — ficando determinadas as *matters of substance* por exclusão de partes ⁽⁷⁷⁾.

Todavia, esta solução implica nas situações de fronteira, como são os casos do *burden of proof* e das *presuntions*, o recurso a um critério teórico (ainda que subjacente) para determinar a natureza jurídica destes institutos.

⁽⁷⁴⁾ F. RIGAUX, cit. por HUET, ob. loc. cit. ps. 13.

⁽⁷⁵⁾ Ob. loc. cit.

⁽⁷⁶⁾ Neste sentido GOODRICH, *Handbook...*, ps. 142.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. a este propósito CHESHIRE, ob. cit. ps. 585; GRAVESON, *Private...*, ps. 594 e segs.; ROBERT A. LEFLAR, ob. cit. ps. 109 e segs.; MORRIS, ob. cit. ps. 1089 e segs.

Um pequeno recuo até às presunções permite-nos determinar qual tem sido esse critério.

Como ficou demonstrado, há três posições na doutrina anglo-saxónica sobre o tratamento doutrinário da natureza jurídica das presunções. Alguns autores defendem, sem distinção, a sua natureza material, por isso consideram-nas regidas pela *lex causae*. Outros admitem que só as presunções legais têm essa natureza e não já as presunções judiciais (*praesuntiones hominis*). Outros ainda entendem que só as legais *iuris et de iuris* tem natureza material e as *iuris tantum* e as presunções judiciais natureza processual. Porque a segunda tese é dominante, vamos partir dela para determinar o critério subjacente. Quanto às presunções legais admite-se que estão estreitamente ligadas aos direitos subjectivos que visam acautelar, por isso partilham da natureza destes. Quanto às presunções *hominis* por se tratarem de ilacções do julgador revestem natureza processual.

O critério subjacente é, portanto, misto: atribuição de direitos subjectivos; formação de prova no processo, mas que poderá reconduzir-se ao critério único de atribuição ou não de direitos subjectivos. *Substantive law* é, portanto, matéria adstrita ao *right* e *procedure* ao *remedy*. É este o critério subjacente que afinal de contas preside a toda a distinção entre normas substantivas e normas processuais, solução que não difere em muito menor grau daquela que procura partir de um critério previamente enunciado, como estudaremos na alínea seguinte.

Dentro desta orientação se situa ainda um critério formulado pela jurisprudência americana caracterizada de *outcome test*, o qual resultou da necessidade de impedir o *forum shopping* por parte dos litigantes, tendo em conta o princípio já referido de que, nas situações interlocais, são aplicadas as normas substantivas dos Estados membros e as normas processuais da federação. Segundo este critério, formulado numa decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos em 1945, a norma deve ser atribuída natureza substantiva ou processual consoante o seu grau de influência no resultado da decisão ⁽⁷⁸⁾.

(78) cit. por DENTI, ob. loc. cit.

Um critério prático — que corresponde a uma situação de verdadeira ausência de critério- é igualmente seguido pela generalidade dos países ditos socialistas, em que a distinção entre normas substantivas e normas processuais é absolutamente irrelevante. Nestes países a remissão para o direito estrangeiro recebe igualmente as normas de natureza processual a que é dado o mesmo tratamento das normas substantivas, em virtude da dificuldade em se distinguir estes dois aspectos em matérias como a capacidade, tutela, prescrição ⁽⁷⁹⁾.

Um critério prático corresponde ainda a uma técnica unanimemente condenada que consiste em caracterizar como normas processuais aquelas constantes do CPC e normas materiais ou substantivas aquelas que figuram no CC ⁽⁸⁰⁾. Este critério sistemático é combatido pela doutrina ⁽⁸¹⁾, por levar a soluções inextrincáveis e ilógicas ⁽⁸²⁾ e por ser comum a presença de normas processuais, contidas em fontes de natureza material ⁽⁸³⁾. Daí a necessidade de indagar para cada norma o seu verdadeiro significado, independentemente da sua colocação em um ou outro código ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁷⁹⁾ Para maiores desenvolvimentos cfr. FRANCO FIORO in *La Codificazione del Diritto Internazionale Privato e Processuale in Cecoslovacchia*, Milão 1967, ps. 160 e segs.

⁽⁸⁰⁾ Neste sentido FRAGISTAS e ESPERSON, ambos citados por HUET, ob. cit. ps. 15, nota 11. Esta parece ser igualmente a posição de JULIAN VERPLAETSE, que opina pela impossibilidade de se traçar uma linha entre substância e processo, apenas factível de um modo arbitrário, com referência ao propósito da norma (in *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, ps. 632).

⁽⁸¹⁾ Assim, TULLIO LIBEMAN, in *Dir. Proc. civ.*, Novissimo Digesto Italiano, vol. V, ps. 1009; ANDRÉ HUET, ob. cit. ps. 16; LA CHINA, ob. cit. ps. 412; VAZ SERRA, in *Provas (direito probatório material)*, BMJ, n.º 110, ps. 66.

⁽⁸²⁾ HUET, ob. cit. ps. 16.

⁽⁸³⁾ Neste sentido LA CHINA, Ob. cit. ps. 412. Cfr. igualmente VAZ SERRA, ob. cit. ps. 66, que observa que em Portugal o regime material das provas se encontra parte no Código Civil, parte no Código de Processo Civil e parte no Código de Notariado, sem contar — acrescentamos nós — com a imensidão de leis avulsas que amiúde contém normas disciplinadoras da matéria relativa à prova.

⁽⁸⁴⁾ TULLIO, ob. loc cit.

c) Critério teórico.

Um considerável número de autores fundamenta num critério teórico a distinção entre normas substantivas e normas processuais. Assim procede SCOTT que não obstante considerar que a *substantive law* se esconde (*is secreted*) nos interstícios do processo, admite que as normas substantivas regulam a existência e a natureza de direitos subjectivos e as normas processuais os actos necessários à sua realização⁽⁸⁵⁾. Este é igualmente a posição de GOLDSCHMIDT que, partindo da divisão estatutária entre normas da *ordinatoriae litis* e normas da *decisoriae litis*, admite que processo é apenas o procedimental, ou seja o que na Idade Média se chamava *ordinatoriae litis*. Tudo o mais pertence ao direito material (direito judicial material)⁽⁸⁶⁾.

O critério de GOLDSCHMIDT reconduz-se, pois, funcionalmente, à noção tradicional de processo como sequência de actos⁽⁸⁷⁾ ou como conjunto de actos que hão-de praticar-se em juízo na propositura e desenvolvimento da acção⁽⁸⁸⁾. Com efeito se o processo é uma sequência de actos, por extrapolação deve concluir-se que norma processual é aquela que se destina a regular os actos processuais, mas esta solução se é parcialmente válida, revela-se em contrapartida insuficiente para caracterizar todas as normas de natureza processual. Certamente por isso GOLDSCHMIDT tem necessidade de introduzir uma correcção no seu critério, considerando de natureza material as normas dirigidas ao juiz sobre o conteúdo e a administração da sentença.

Em crítica não especificamente dirigida a GOLDSCHMIDT, LA CHINA pronuncia-se desfavorável a este entendimento, por inexacto e redutível do processo a uma sequência de actos. Para este autor não apenas as normas que regulam uma sequência de actos têm natureza processual, mas também todas aquelas que dis-

⁽⁸⁵⁾ *Private International Law*, Londres, 1972, ps. 325.

⁽⁸⁶⁾ In *Derecho...*, ps. 441 e 442. Na linha deste entendimento cfr. igualmente BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, ps. 273.

⁽⁸⁷⁾ C. MENDES, *Direito Processual...*, ps. 39.

⁽⁸⁸⁾ MANUEL DE ANDRADE, ob. cit. ps.13.

ciplinam a capacidade, a representação, a legitimidade processual, o litisconsórcio, a competência, o título executivo, as intervenções processuais ⁽⁸⁹⁾, enfim, normas que regulam não apenas os actos das partes mas também os pressupostos da sua presença em juízo, a competência e os actos dos tribunais.

Mas se é verdade que o processo não se traduz apenas numa sequência de actos, questionamos se para o efeito que temos em vista, ou seja, aplicação da norma processual no espaço, não devemos partir do critério goldschmidiano, na linha, aliás, do que aconselha o próprio LA CHINA, como forma de não se perder na análise.

Uma outra proposta da doutrina sobre a distinção entre normas substantivas e processuais é a que nos é apresentada por ALORIO ⁽⁹⁰⁾ que define as normas de direito substancial como aquelas *“che se referiscono, a situazione giuridiche idonee a formare oggetto autonomo di un autonomo processo di accertamento”* e normas de direito processual como, *“quelle che governano situazioni rilevanti nel corso del processo”* ⁽⁹¹⁾.

A importância e o interesse da proposta de ALORIO é a de que a posição jurídica subjectiva que decorre da norma substantiva pode aparecer filtrada no processo daí a afirmação deste autor no sentido de que na distinção entre estes dois tipos de normas o ângulo visual do juiz é decisivo ⁽⁹²⁾. A proposta tem ainda interesse pela circunstância de deixar claro que normas aparentemente processuais escondem disposições de natureza substantiva. Por isso, questionamos, desde já, se a separação entre estes dois tipos de normas não escapa à utilização de um critério teórico, se não se justificará uma análise caso a caso.

⁽⁸⁹⁾ Ob. cit. ps. 412. Infruttuoso è poi — explica — ragionare sulla processualità in se, quasi metafisica natura della norma, isolabile e perceptibile per assenza di riferimenti e collegamenti concreti e normativi.

⁽⁹⁰⁾ Não tivemos acesso directo a doutrina deste autor exposta na sua obra *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiciale* in Jus, 1955. A sua tese é-nos apresentada em segunda mão por VITTORIO DENTI, ob. cit. ps.165 e segs.

⁽⁹¹⁾ Cit. por DENTI, ob. cit. ps. 160.

⁽⁹²⁾ Cit. por DENTI, ob. cit. ps. 161.

Porém, a proposta de ALORIO quando submetida a verificação não escapa à generalidade das críticas com que se confrontam os demais critérios. Nomeadamente, não nos resolve a questão de saber se as normas sobre a prova são de natureza substantiva ou processual, ou, na formulação deste autor, se constituem ou não objecto autónomo de um autónomo processo judicial. A mesma dúvida é-lhe colocada por DENTI relativamente ao poder de deduzir a extinção de um crédito por compensação ou a excepção de prescrição⁽⁹³⁾.

d) O caso particular nas normas sobre a prova.

As normas sobre a prova constituem o banco de ensaio de toda a problemática da distinção entre as normas substantivas e processuais. É na verdade sobre esta classe de normas que se suscitam as maiores dúvidas quanto à sua inclusão em uma ou outra categoria. As dificuldades resultantes desta indagação são de tal modo grandes que não tem faltado quem proponha seriamente o seu abandono, ou opine em sentido negativo, considerando a indagação como um exercício puramente intelectual, desprovido de interesse prático.

Um certo sector da doutrina anglo-americana julgou poder solucionar o problema, afirmando peremptoriamente que tudo o que respeita à prova (*evidence*) tem natureza processual⁽⁹⁴⁾, por isso, do ponto de vista da sua aplicação no espaço, seria regulado pela *lex fori*, mas a jurisprudência veio demonstrar que o problema não podia ser assim simplificado, como viria a revelar-se a aplicação das normas sobre o ónus da prova, as presunções legais *juris tantum* e as presunções *hominis*.

⁽⁹³⁾ DENTI, ob. loc.cit.

⁽⁹⁴⁾ Esta é, aliás, a tese dominante na doutrina anglosaxónica, o que, no dizer de CLAUDIA MORVIDUCCI, é compreensível se se tiver presente o papel activo historicamente desempenhado pelo juiz e pelo júri na procura da verdade, contrariamente ao que acontece no direito continental que privilegia o sistema legal de provas (in *Provas (dir. int.priv.)*, Enc. del Dir., vol. XXXVII, ps. 697, nota 10.).

Creemos, todavia, que a maior parte da doutrina faz hoje a distinção entre um *direito probatório formal* e um *direito probatório material*, sendo direito probatório formal o que corresponde a *ordinatariae litis* e direito probatório material o que corresponde a *decisoriae litis* ⁽⁹⁵⁾. Quanto ao direito probatório formal os autores são concordes em afirmar a sua natureza processual e vice-versa no que respeita ao direito probatório material. Deve, porém, notar-se que estes conceitos não são mais do que um modo diferente de exprimir a separação entre *normas substantivas* e *normas processuais*, pelo que falar-se em normas da *ordinatariae litis* e normas da *decisoriae litis*, ou em normas substantivas e normas processuais, em *right* e *remedy* ou ainda em *direito probatório material* e *direito probatório formal* não altera os dados do problema, na medida em que sempre se colocará a questão de saber se determinados institutos como o ónus da prova se integram em um outro dos termos da dicotomia.

Como já foi referido em Inglaterra as provas pertencem a um ramo de direito que não é nem substantivo nem processual, solução que, contudo, não dispensou a busca de um critério de separação entre o *right* e o *remedy*, nem matou a controvérsia sobre a natureza jurídica das normas sobre a prova. O mesmo se dirá da construção goldschmidiana — direito judicial material (*materielles Justizrecht*) ⁽⁹⁶⁾ — que, se levantou a questão da autonomia sistemática do direito probatório relativamente a outros ramos de direito, aliás, aplaudida por alguns autores ⁽⁹⁷⁾, nenhuma contribuição trouxe para a solução do problema da natureza jurídica das normas sobre a prova, tanto assim que aqueles autores que

⁽⁹⁵⁾ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo...*, ps. 273. Segundo este autor pertencem ao direito probatório formal as leis que regulam a forma de partagem, do inquérito judicial, do interrogatório sobre os factos ou de qualquer procedimento deste género. Ver ainda MANUEL DE ANDRADE, ob. cit. ps. 47; ANSELMO DE CASTRO, ob. cit. vol. I, ps. 65.

⁽⁹⁶⁾ JAMMES GOLDSCHMIDT, citado por MICHELI, ob. cit. ps. 186. ANSELMO DE CASTRO traduz a expressão por "direito material de justiça" (ob. cit. vol. I, ps. 70) e WERNER GOLDSCHMIDT por *Derecho Justicial Material (Sistema...* ps. 9; e *Derecho...* ps. 441).

⁽⁹⁷⁾ Cfr. neste sentido ANSELMO DE CASTRO, ob. cit. vol. I, ps. 69; WERNER GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, ps. 441.

reconhecem em GOLDSCHMIDT a virtude de ter colocado o direito probatório no seu devido lugar, não deixam de recorrer a critérios tradicionais para resolver o problema da natureza jurídica da prova. Aliás, ao estabelecer GOLDSCHMIDT a distinção entre um *direito judicial material* e um *direito judicial formal* eternizou o problema da natureza jurídica das normas sobre a prova.

e) Posição adoptada.

A primeira posição a adoptar nesta matéria deve consistir em assumir a dificuldade unanimemente reconhecida quanto à distinção entre normas substantivas e processuais. Com efeito, se em algumas situações a distinção é clara, noutras ela se nos afigura nebulosa ou mesmo conflitual, retratando o carácter híbrido do fim do processo civil que visa não apenas a satisfação do interesse público à paz social, mas também a satisfação de interesses particulares. Variadas situações foram referidas ao longo do texto em que esse carácter híbrido se manifestou como é a prescrição, a citação, a capacidade, o ónus da prova que estudaremos a seguir. Mas outras situações, como será o caso do próprio direito à acção, nos ajudam a compreender o alcance da dificuldade. Se questionarmos quanto a este direito a sua natureza se substancial ou processual, temos que optar necessariamente pelo seu carácter híbrido, pois será substancial na medida em que confere àquele que pretende fazer valer um seu direito em juízo, um verdadeiro direito subjectivo a agir, mas será igualmente processual, na medida em que estabelece se quisermos o primeiro acto de toda uma série de actos destinados a fazer valer um certo direito em juízo. O direito a acção é assim não apenas um direito subjectivo a intentar a acção, mas também o direito a praticar o primeiro acto destinado a fazer valer o direito primário em juízo⁽⁹⁸⁾. Concilia, portanto, uma norma da

(98) No mesmo sentido SATTÀ, ob. cit. ps. 258 e 259, para quem a acção tem um carácter substancial por isso se rege pela lei reguladora da relação *sub iudice*, mas admite que a questão de fazer valer a acção em juízo tem sempre um conteúdo processual, por isso deve ser regulada pela lei do processo, isto é, as condições de exercício da acção se regulam pela lei do processo. Uma similitude deste entendimento poderá encontrar-se em

ordinariae litis e uma norma da *decisoriae litis*, suscitando relevantes problemas de aplicação no espaço.

Assim, pode acontecer que um certo ordenamento jurídico reconheça o direito à acção em determinadas situações e este mesmo direito não ser reconhecido pelo ordenamento jurídico onde a questão é posta ou vice-versa. O problema tem-se colocado em ordens jurídicas como a alemã que não reconhece à mulher casada o direito de litigar contra o marido em assuntos patrimoniais⁽⁹⁹⁾ e bem assim a respeito da acção por quebra da promessa de casamento⁽¹⁰⁰⁾, incumprimento de obrigações por jogos de fortuna ou azar⁽¹⁰¹⁾ e ainda algumas situações em que certos ordenamentos só admitem a acção se a relação material controvertida preencher determinados requisitos⁽¹⁰²⁾.

Raciocínio idêntico poderá ser feito relativamente a outros institutos, como o ónus da prova ou a própria prescrição, sobre a qual não é igualmente unânime a sua natureza.

Por estas razões tememos afirmar que a nossa posição será a de utilizar a generalidade dos critérios propostos, pois se como afirma HUET a matéria da prova e tópica há-de ser por este método que encontraremos o caminho mais seguro para resolver as situações em que se mostra necessário distinguir as normas substantivas das processuais.

CASTRO MENDES, *Direito Processual...* ps. 197. Cfr. igualmente CHIOVENDA, *Institutioni...*, ps. 65. LA CHINA também se interroga sobre se a norma que limita a acção do Ministério Público só aos casos previstos na lei é de natureza processual ou substancial, para demonstrar como "il giuoco delle sfumature e degli intrecci e abbastanza complesso" (ob. cit. ps. 412).

⁽⁹⁹⁾ Cfr. a este respeito GOLDSCHMIDT, *Sistema...*, ps. 52. Segundo este autor também o Estado de New Hampshire não permite à mulher accionar o marido. Para maiores desenvolvimentos cfr. *Restatement...*, edição de 1934, ps. 724 e segs.

⁽¹⁰⁰⁾ Ver o caso *Hansen v. Dixon*, citado por GOLDSCHMIDT, *Sistema...* ps. 53; e WOLFF, *Private...*, ps. 236 e 237; GRAVESON, ob. cit. ps. 594;

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. GOLDSCHMIDT, ob. loc. cit..

⁽¹⁰²⁾ O caso *Leroux v. Brown* (1852) é disso um exemplo (cfr. entre outros Dicey and Morris *The conflict...* ps. 1185).

9. NATUREZA JURÍDICA DO ÓNUS DA PROVA

Se as regras sobre a prova constituem o banco de ensaio de distinção entre as normas substantivas e processuais, esta afirmação ganha particular significado quando somos confrontados com o problema da natureza jurídica do ónus da prova. Como vimos, são hoje poucos os autores que defendem que todas as normas sobre a prova têm natureza processual. O caso mais controverso é precisamente representado pelas normas sobre as presunções que estudamos no ponto 6. deste estudo e pelas normas sobre o ónus da prova. Quanto à natureza destas normas têm sido apresentadas três teses fundamentais que temos vindo a chamar tese da natureza processual das normas sobre o ónus da prova; tese da natureza substantiva e uma terceira tese que chamaríamos eclética, mas quanto a esta afastámo-la desde já, na medida em que ao procurar conciliar num mesmo instituto aspectos substantivos e processuais, inviabiliza todo o sentido pelo qual se discute a natureza jurídica do ónus da prova. Vamos, pois, estudar as duas teses principais.

a) Tese processual.

De entre os autores a que tivemos acesso MICHELI é quanto a nós aquele que maior esforço desenvolveu para sustentar a tese da natureza processual das regras sobre o ónus da prova. O seu empenho é de tal modo que ele se preocupa em contestar os argumentos de outros autores (CHIOVENDA, CARNELUTTI) que, como ele, sustentam a mesma tese naqueles pontos que poderiam eventualmente ser utilizados pelos defensores de tese contrária. Por isso, tomaremos aqui, por todos os partidários desta tese os pontos de vista apresentados por MICHELI, sem deixar de considerar que antes e depois dele esta tese foi defendida por um considerável número de autores, seja entre processualistas ou cultores de Direito Internacional Privado tanto em Portugal, como no estrangeiro.

Em Portugal a questão da natureza jurídica das normas sobre a prova foi objecto de aturado estudo por parte da Comissão Revisora do Código Civil, em vista da tomada de posição quanto à inclusão destas matérias no Código Civil ou no Código do Pro-

cesso Civil. Antes de 1966 vigorou uma solução eclética, na medida em que as normas sobre a prova constavam não apenas do Código Civil de 1867 (art. 2404.º e segs), mas também do Código de Processo Civil de 1939 (art. 518.º e segs). Todavia, dos estudos da Comissão Revisora a solução que veio a prevalecer parece ser aquela sustentada pelo Prof. VAZ SERRA, no sentido de se distinguir entre normas do direito probatório material e normas do direito probatório formal, devendo as normas do direito probatório material, (o quadro geral das provas, o ónus da prova e a admissibilidade e a força probatória das diferentes espécies de provas) pela sua natureza substantiva, ser acolhidas no Código Civil e as normas do direito probatório formal, pela sua natureza processual, no Código do Processo Civil.

Esta tese pode considerar-se hoje dominante em Portugal, embora haja algumas variantes em autores como ANSELMO DE CASTRO, MANUEL DE ANDRADE. O problema foi igualmente colocado a propósito da interpretação do art. 721.º n.º 2 do CPC que permite o recurso de revista por violação de lei substantiva, pois, sendo as regras sobre o ónus da prova de natureza processual não podem constituir fundamento do recurso. É claro que o art. 722.º n.º 1 permite ao recorrente alegar além da violação de lei substantiva, a violação de lei processual, mas o que não parece ser permitido é fundar-se o recurso unicamente em violação de lei do processo.

Dois acordãos do STJ ocuparam-se desta questão, o acordão de 24 de Março de 1950, e o acordão de 4 de Fevereiro de 1958 ⁽¹⁰³⁾, pronunciando-se ambos no sentido de que as normas sobre o ónus da prova são de natureza substantiva, sendo, portanto, lícito o recurso de revista fundado em sua violação ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰³⁾ Ambos citados por VAZ SERRA, ob. cit. ps. 151.

⁽¹⁰⁴⁾ No mesmo sentido se pronunciaram os Prof. PAULO CUNHA e MANUEL DE ANDRADE, ambos citados por VAZ SERRA, ob. cit. ps. 152, notas 162 e 165. Confirma-se o ponto de vista do Prof. M. de ANDRADE (ob. cit. ps. 193), embora seja peremptório em afirmar que as provas pertencem ao direito processual porque se destinam a formar a convicção do juiz. Teremos a oportunidade de apreciar este ponto de vista, na medida em que nem todos os autores estão de acordo com a afirmação apresentada em termos tão absolutos. Ver desde já e em sentido contrário ver VAZ SERRA, ob. cit. ps. 65.

Vejamos agora quais os principais argumentos em que se funda a tese processualista.

A pedra angular desta tese parece encontrar a sua sede histórica na retórica aristotélica que concebe a actividade probatória como *argumentum* válido, no dizer de GUILIANO ⁽¹⁰⁵⁾, no domínio do contingente, da opinião, da verdade prática. Daí a afirmação comum entre os seus defensores de que a prova é um fenómeno essencialmente psicológico, pelo que as partes devem criar no espírito do juiz a convicção da veracidade das suas pretensões. Neste sentido a prova seria o resultado de um trabalho puramente intelectual, interno e individual ⁽¹⁰⁶⁾.

Estes argumentos não resistem à crítica. É verdade que sob um certo ponto de vista as provas destinam-se a formar a convicção do juiz, mas este é apenas o ponto de vista do juiz e do tribunal. Se nos colocarmos na perspectiva das partes ou numa perspectiva puramente objectiva, as provas destinam-se igualmente a demonstrar a veracidade das suas pretensões ⁽¹⁰⁷⁾. Cremos que se deve estabelecer uma clara distinção entre a prova propriamente dita e o juízo de valoração que o juiz emite sobre essa mesma prova. De um ponto de vista objectivo a prova destina-se a demonstrar a veracidade de um acto ou facto. É este o sentido que resulta do disposto no art. 341.º do CC, segundo o qual as provas têm por função a demonstração da realidade de um facto. Quando a parte apresenta um documento (v. gr. escritura pública, escrito particular) ou outro meio de prova, ele faz prova por si. Salvo cer-

⁽¹⁰⁵⁾ In *Prova (filosofia)*, Enc. Dir., Vol. XXXVII, ps. 525.

⁽¹⁰⁶⁾ Neste sentido ver MICHELI, ob. cit. ps. 184 e segs.; MANUEL DE ANDRADE, quem, todavia, no que respeita ao ónus da prova, admite a sua natureza substancial por se encontrar mais próximo da relação jurídica material (ob. cit. ps. 193).

⁽¹⁰⁷⁾ Neste sentido VAZ SERRA, segundo o qual a prova não se destina só a formar a convicção do juiz: a prova destina-se também a formar a convicção de outras pessoas ou entidades, pois os direitos são susceptíveis de exercício extrajudicial, além de que a prova pode servir igualmente para dar aos interessados uma segurança mais ou menos completa nos seus direitos (ob. cit. ps. 65). É que — considera este autor — certos meios de prova como a confissão têm grande atinência com o direito substantivo. Saber, por exemplo se a confissão é um negocio jurídico, se deve ser impugnado por vícios do consentimento, que capacidade deve ter o confitente, etc. são problemas cuja resolução poderá ser feita no campo do direito substantivo com maior adequação que no direito processual (ob. cit. ps. 67).

tas situações, como na prova testemunhal em que há uma grande dose de liberdade de apreciação das provas, na maioria dos casos o juízo de valor que o juiz há-de emitir sobre um determinado meio de prova ou sobre uma certa prova produzida não é um juízo subjectivo e arbitrário, mas sim objectivo e vinculado, ou seja o valor probatório de um documento autêntico ou autenticado não depende do arbítrio do juiz. O juízo de valor que este há-de emitir sobre a suficiência da prova é um juízo legal ⁽¹⁰⁸⁾.

Por isso, os autores são concordes em afirmar que o *princípio da livre apreciação da prova*, como princípio de natureza processual, não pode de forma alguma retirar o valor probatório atribuído por lei a determinado meio de prova. Se a lei afirma que a escritura pública faz prova bastante o princípio da livre apreciação ou não prevalece quanto a este meio de prova ou apenas autoriza a juiz a verificar a existência de escritura pública e a aplicar a estatuição legal segundo a qual esta faz prova bastante ⁽¹⁰⁹⁾.

É claro que esta vinculação é mais ou menos intensa consoante o meio de prova de que se trata, pelo que pode, em determinados casos, como no da prova testemunhal, roçar as fronteiras da discricionariedade. Na apreciação da prova a primeira atitude do juiz há-de consistir em extrair todas as consequências atribuídas por lei a determinado meio de prova e só depois emitir juízos de valor sobre a prova produzida. É neste ponto que se esbate a vinculação legal e se produz a aproximação da discricionariedade.

⁽¹⁰⁸⁾ Neste sentido SATTA, cuja posição teremos a oportunidade de apreciar quando tratarmos da tese da natureza substancial das regras sobre o ónus da prova (ob. cit. ps. 186).

⁽¹⁰⁹⁾ Neste sentido afigura-se-nos pertinente à aplicação das leis no espaço a observação de M. BACH feita em sede da aplicação das leis no tempo, segundo a qual o problema da aplicação das leis deve reportar-se à conduta e aos actos das partes a quem as normas são aplicadas e não à actividade das autoridades que aplicam as mesmas normas (cit. por JACQUES HERON, in *Étude structurale de l'application dela loi dans le temps (a partir du droit civil)*, Rev. Trim. droit civ., n.º 2 Abr.-Jun. 1986, ano 84, ps. 315. O risco de confusão — explica HERON — resulta do facto de certas regras requererem a intervenção do juiz: assim uma sanção penal ou um divórcio não podem ser pronunciadas senão pelo tribunal. Todavia, o juiz não é o destinatário da norma; o seu papel é apenas o de a aplicar; estritamente falando não é senão o destinatário da regra de direito público que o ordena a aplicar a norma de direito material (ob. loc. cit.).

Portanto, podemos considerar que há um juízo de valor legal que vincula o juiz inerente a determinados meios de prova e um juízo de valor pessoal (do juiz), porém, autorizado e orientado por lei, relativamente a outros meios de prova. No primeiro caso não se pode dizer que o efeito imediato da prova é o de formar a convicção do juiz. O seu valor imediato é objectivo: demonstrar a veracidade dos factos alegados.

É claro que toda esta operação não é isenta de uma atitude espiritual da parte do juiz. Mas esta atitude se resume a uma actividade subsuntiva: verificação da conformação entre o *tatbestand* da norma e os elementos de facto fornecidos pelas partes. Dessa actividade subsuntiva resulta a confirmação ou a infirmação da prova produzida consoante se verifica a harmonização ou a desarmonização entre o *tatbestand* da norma e os elementos de facto fornecidos pelas partes. Se dessa actividade subsuntiva resulta a convicção do juiz trata-se de uma convicção legal⁽¹¹⁰⁾. O elemento intelectual posto pelo juiz nesta subsunção não se nos afigura decisivo, na medida em que o juiz não pode de modo nenhum prescindir ou postergar os elementos do *tatbestand* da norma em benefício de um hipotético juízo de valor pessoal sobre a prova produzida.

Se é neste sentido que se afirma que as provas se destinam a produzir a convicção do juiz, então devemos extrair duas conclusões: a primeira é a de que essa convicção não é algo privativo da actividade probatória, ou, mais restritamente, da actividade probatória judicial, mas sim de qualquer actividade subsuntiva; a segunda, intimamente relacionada com a primeira, é a de que essa convicção é susceptível de se produzir não apenas no espírito do juiz mas também no de qualquer intérprete.

Em suma de tudo quanto temos vindo a dizer reafirmamos, pois, o nosso ponto de vista de que não obstante a prova se destinar, sob um certo prisma, a formar a convicção do juiz, trata-se em muitos casos de uma convicção vinculada e não arbitrária,

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. André Huet, *Les conflits...* cit. ps. 17 e segs.

como predomina em todos os sistemas de prova legal ou mistos de prova legal e moral ⁽¹¹¹⁾, comó parece ser o caso do direito português. Além disso, como observa o Prof. VAZ SERRA a prova se destina a formar a convicção de outras pessoas, que não apenas a do juiz.

Um outro argumento trazido pela tese da natureza processual do ónus da prova é o de que as regras sobre a prova estão intimamente ligadas ao processo, na medida em que é no âmbito e na decorrência do processo que as partes produzem as suas provas. A necessidade de prova pôr-se-ia em face da existência de contestação que conduz necessariamente a uma instância judicial. Neste sentido as provas apareceriam como incidentes do processo ⁽¹¹²⁾.

Também este argumento não é consistente, razão por que tem sido facilmente rebatido pela doutrina. Como observa o mesmo HUET não é exacto, tal como no argumento anterior, dizer-se que o problema das provas se põe principalmente num processo em tribunal. Põe-se igualmente fora do tribunal longe de toda a contestação ⁽¹¹³⁾. Basta pensar nas inúmeras situações em que os cidadãos são chamados a fazer a prova das suas pretensões, independentemente da existência de processo ou de contestação ⁽¹¹⁴⁾. Se A é pai de uma criança e pretende fazer o respectivo registo, a necessidade de preservar a fé pública obriga a que o conservador dos registos

⁽¹¹¹⁾ Cfr. neste sentido ANDRÉ HUET, segundo o qual a afirmação de que a prova é o produto da psicologia e da íntima convicção do juiz equivale a esquecer que o legislador impôs soluções lá onde se pretende que tudo releva da lógica e do juiz (ob. cit. ps. 18 e 19). Raciocinando sobre o sistema francês de provas admite este autor que na sua evolução passou de um estatuto de legalidade (sistema de prova legal), para um estatuto de liberdade (sistema de prova moral), porém de novo abandonado em favor de um sistema de prova legal. Mas admite este autor que o sistema francês de provas é um sistema misto que conjuga elementos dos dois sistemas referidos (ob. cit. ps. 19 e 20).

⁽¹¹²⁾ Neste sentido MICHELI, ob. cit. ps.183; BEAUCHET, cit. por HUET, ob. cit. ps. 22.

⁽¹¹³⁾ Ob. cit. ps. 23.

⁽¹¹⁴⁾ Ob. cit. ps. 23. Este ponto de vista é vigorosamente criticado por MICHELI, com o argumento de que o ónus da prova não tem fora do processo, um significado técnico jurídico. Destinando-se a convencer o juiz, a regra do ónus da prova teria como principal função evitar a arbitrariedade nas decisões. Fora do processo a regra do ónus da prova não teria este alcance (ob. cit. ps. 189 e 190).

lhe exija a apresentação de testemunhas, para confirmar essa paternidade, sob pena de ser recusado o registo. Do mesmo modo se A se reclama herdeiro de B e pretende fazer uma habilitação notarial, não há contestação, não há processo, mas apesar disso, deve demonstrar através das certidões de nascimento e de óbito, acompanhado de quatro testemunhas de que é sucessível de A. O mesmo se passa com as justificações notariais e, como refere HUET, nas variadas situações em que se é chamado a fazer a prova do estado civil.

Outros argumentos apresentados pelos partidários da tese processual gravitam a volta destes dois que julgamos fundamentais ⁽¹¹⁵⁾.

b) Tese substantiva ⁽¹¹⁶⁾.

É também em Itália que vamos encontrar um dos mais acérrimos defensores da tese da natureza substantiva das normas sobre o ónus da prova. Trata-se de SATTI e os seus argumentos podem resumir-se no seguinte: mais do que o juiz as partes conhecem melhor a existência e a conveniência da prova; daí resulta que são as partes e não o juiz que têm a disponibilidade da prova ⁽¹¹⁷⁾, a

⁽¹¹⁵⁾ ZITELMAN, admite que a regra sobre o ónus da prova teria natureza processual na medida em que a sua aplicação ocorre *ope judicis* (cit. por MICHELI, ob. cit. ps. 182). MAYER por sua vez deduz a natureza processual da norma sobre o ónus da prova pelo facto de que a repartição se adapta somente a processos de tipo dispositivo e não a procedimentos inquisitórios (cit. por MICHELI, PS 187, nota 1), ponto de vista que é contestado pelo próprio MICHELI, na medida em que o critério de repartição não é logicamente incompatível com maiores poderes de indagação do juiz.

⁽¹¹⁶⁾ Fala-se igualmente em tese da natureza material ou tese civilista (ANSELMO DE CASTRO, ob. cit. vol. I, ps. 67), mas esta última terminologia afigura-se-nos duvidosa, pois envolve a opção no sentido de que o Direito Processual Civil não é direito civil, opção sobre a qual não há unanimidade na doutrina (cfr. CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, vol. I, ps. 142 e nota 2).

⁽¹¹⁷⁾ Donde resultaria a possibilidade de celebração de convenções sobre a prova, *maxime* sobre o ónus da prova (cfr. VAZ SERRA, ob. cit. ps. 102 e segs.). Neste particular tem interesse referir a posição de NIKISCH que admite as convenções sobre a prova na medida em que as partes se encontram na situação de criar ou influenciar os pressupostos para a aplicação de uma norma jurídica material — cit. por VAZ SERRA, ob. cit. ps. 103, nota 54.

qual é igualmente a lógica consequência do carácter contraditório do processo e do princípio dispositivo; em virtude do princípio do contraditório o juiz não pode de ofício investigar a verdade dos factos, tanto o *thema decidendum* como o *thema probandum*; destas circunstâncias resulta o *princípio da estraneidade do juiz à prova*, princípio que na tese do autor encontra acolhimento no art. 115 do CPC italiano ⁽¹¹⁸⁾. Por isso as regras sobre a prova não têm carácter processual, mas sim substantiva.

Não cremos que a tese de autor deva ser acolhida em termos tão amplos. Duvidamos, nomeadamente, que aquilo que o autor chama dinâmica da prova possa ser atribuída natureza substantiva, crítica que aparece implícita em autores como BAPTISTA MACHADO ⁽¹¹⁹⁾ e MANUEL DE ANDRADE ⁽¹²⁰⁾ que estabelecem a distinção entre um direito probatório formal, o equivalente ao aspecto dinâmico da prova de SATTI, e um direito probatório material, o equivalente ao aspecto estático e igualmente em outros autores como GOLDSCHMIDT que partem da distinção entre normas da *ordinatoriae* e normas da *decisoriae litis*. Estes autores integram as normas sobre o ónus da prova no direito probatório material, ou, o que é equivalente, na *decisoriae litis*.

d) Posição adoptada.

Cremos que não é possível adoptar uma posição definida nesta matéria sem conhecer o que é o ónus da prova e qual a sua estrutura. Mas aqui já deparamos com um problema, na medida em que os autores não estão de acordo quanto ao próprio conceito de ónus, havendo aqueles que identificam o ónus com a obrigação e a obrigação com o ónus, como assegura o Prof. CASTRO MEN-

⁽¹¹⁸⁾ In *Diritto Processuale Civile*. Padova, 1981, ps. 186 e segs.

⁽¹¹⁹⁾ *Sobre a aplicação no tempo...*, ps. 273 e segs.

⁽¹²⁰⁾ Ob. cit. ps. 193. Ver no mesmo sentido CLAUDIA, segundo a qual aqueles autores que aderem à qualificação substancial devem fazer uma evidente excepção para as normas relativas à assunção e à gestão processual das provas (ob. cit. ps. 696).

DES⁽¹²¹⁾. De entre o leque de opções que nos faculta a doutrina⁽¹²²⁾, vamos adoptar neste trabalho o conceito de ónus ministrado pelo Prof. ANTUNES VARELA, ou seja, a necessidade de observância de um certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção ou manutenção de uma vantagem para o próprio onerado⁽¹²³⁾. Para este autor existem duas notas típicas na figura jurídica do ónus: o acto em que ele se traduz não é imposto como um dever; e dirige-se à satisfação de um interesse exclusivo do onerado⁽¹²⁴⁾. Por isso, na construção conceitual do ónus autores há, como o Prof. CASTRO MENDES, que aproximam esta figura do direito (direito a agir de certo modo; direito a não agir de certo modo)⁽¹²⁵⁾, posição que se harmoniza com uma doutrina recente no âmbito do processo civil⁽¹²⁶⁾, desenvolvida particularmente em Itália, que reconhece às partes um verdadeiro direito a provar os factos em que apoiam as suas pretensões. Desta teoria parece resultar esbatida a ideia de encargo (*obliegenheiten*) que habitualmente se liga à prova, agora concebida como um verdadeiro direito subjectivo.

Todavia, se a ideia de encargo se mostra hoje esbatida não podemos prescindir-nos dela na definição da estrutura do ónus da prova que se nos afigura bicéfala. Por um lado, do direito subjectivo à prova resulta também um direito subjectivo ao ónus da prova, com o correlativo dever imposto ao juiz de facultar às partes a prova dos factos em que apoiam as suas pretensões. Mas o ónus tem igualmente uma outra faceta que consiste na *obrigação potestativa*, como lhe chama PERLINGIERI⁽¹²⁷⁾, que incumbe à parte provar esses mesmos factos, se não quer ver decidido o pleito

(121) In *Do Conceito de Prova...*, ps. 438 Cfr. igualmente J. SALDANHA SANCHES, in *O ónus da Prova no Processo Fiscal*, Lisboa, 1987, ps. 95 e segs.

(122) Cfr. OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, in *onere (nozione)*, Enc. del. Dir. Vol. XXX, ps. 100 e segs.; NIKISCH, cit. por A. DE CASTRO, ob. cit. ps. 70, entre outros.

(123) In *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 6.ª edição, Coimbra 1989, ps. 57.

(124) *Ibidem*, ps. 57 e 58.

(125) *Ibidem*.

(126) Cfr. MICHELE TARUFFO, in *Diritto alla Prova nel Processo Civile*, in Riv. Dir. Proc. ano XXXIX (segunda série) n.º 1, Jan.- Maio 1984, ps. 74 e segs.

(127) Cit. por ANTUNES VARELA, ob. loc. cit.

contra si. Mas não há duvida que a ideia de direito é a nota dominante na estrutura do ónus, pois tendo a obrigação natureza potestativa, a parte é livre de a realizar ou não assumindo as consequências daí resultantes.

O ónus da prova é, portanto, algo que se dirige às partes e não propriamente ao juiz, cujo papel se nos afigura instrumental e se manifesta em dois momentos fundamentais: no momento da reparição do ónus da prova e no momento da avaliação da prova. Creemos assim poder admitir que a regra do ónus da prova tem pressuposta uma outra norma dirigida ao juiz segundo a qual em todas as situações de *non liquet* de facto o juiz deve facultar à parte a quem o facto aproveita fazer a respectiva prova. Cumprida esta obrigação o juiz retira-se para vir a intervir de novo no momento da avaliação da prova. Esta regra pressuposta na norma que estabelece o ónus da prova, não é ela própria o ónus, que, como vimos se dirige às partes. É uma norma da *ordinatoriae litis*, ou uma norma de competência no sentido que atrás referimos.

O art. 345.º do CC parece levar igualmente ao entendimento exposto. Se dentro de certos parâmetros as partes podem celebrar convenções sobre a prova ⁽¹²⁸⁾, daí resultam duas consequências: a primeira é a de que, em certo limite, as provas estão na disponibilidade das partes; a segunda a de que destas convenções resulta a constituição de direitos subjectivos, donde se pode inferir a confirmação do ponto de vista que defende um direito subjectivo à prova.

Concluimos, pois, pela consideração da natureza substantiva das normas sobre o *onus da prova*, fazendo notar, contudo, que um autor como FAZZALARI admite que a natureza processual da norma sobre a prova ficou definitivamente ultrapassada desde o VIII Convénio Nacional de Pavia, realizado de 23 a 26 de Maio de 1968 ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. sobre este ponto VAZ SERRA, ob. cit. ps. 102 e segs.; MANUEL DE ANDRADE, ob. cit. ps. 212.

⁽¹²⁹⁾ In *Efficacia della legge processual nel tempo*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., Dezembro de 1989, ano LXIII, n.º 4, ps. 893, nota 12.

10. OS CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO

A opção pela natureza substantiva das normas sobre o ónus da prova apenas nos resolve parte do problema da aplicação no espaço deste tipo de normas, na medida em que, pode acontecer que a lei do foro as qualifique como processuais e a *lex causae* como substantivas, ou vice-versa daí resultando um conflito de qualificações que importa dirimir.

Aparentemente já resolvemos este problema quando optamos pela natureza substantiva das normas sobre o ónus da prova, donde resulta necessariamente que este deva regular-se pela *lex causae*. Mas esta é a perspectiva da lei do foro, uma operação necessariamente interna, sendo certo que nada nos assegura que a qualificação deva ser feita segundo a *lex fori*.

Existem, na verdade, três teses fundamentais sobre o sentido da qualificação. Para se evitar o círculo vicioso a que se refere BATIFFOL, a qualificação operar-se-ia necessariamente segundo a *lex fori*, pois neste momento a questão *sub iudice* apenas se encontra em contacto com a lei do foro, sendo, portanto, impossível determinar qual a lei ou as leis que eventualmente possam igualmente estar em contacto com essa mesma situação.

Não obstante garantir o maior número de adeptos ⁽¹³⁰⁾, esta tese tem sido objecto de severas críticas por parte dos partidários das teses opostas: *lex causae* e recurso ao direito comparado ⁽¹³¹⁾. FERRER CORREIA, nomeadamente, insurge-se com veemência contra a ideia da qualificação *lege fori*, considerando que a chamada qualificação primária necessária para determinar a lei aplicável é destituída de utilidade, já que não existe *a priori* razão válida para excluir qualquer lei potencialmente aplicável à situação *sub iudice*. Todas as leis potencialmente aplicáveis estariam numa posição de igualdade, sem o que se violaria o *princípio da pari-*

⁽¹³⁰⁾ Ver neste sentido JULIAN VERPLEATSE, in *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, ps. 633, segundo o qual a decisão sobre o que seja adjectivo ou material será tomada sempre em conformidade com a lei espanhola; GOODRICH, ob. cit. ps. 143; DI VIGNANO, ob. cit. ps. 203 e segs.

⁽¹³¹⁾ Para uma síntese destas teses cfr. DI VIGNANO, ob. cit. ps. 200 e segs.

dade de tratamento, por força do qual os factores determinantes da aplicabilidade das leis do foro hão-de ser também — tanto em abstracto, como em concreto — aqueles que desencadeiam a aplicação das leis dos demais países ⁽¹³²⁾.

Apesar de ser dominante a tese da qualificação *lege fori*, é incontestável a importância doutrinária dos argumentos trazidos pelo Prof. Ferrer Correia. A tese da qualificação *lege fori* parece ter a sua sede na ideia de superioridade do direito do foro, ainda defendida por muitos autores, cuja raiz histórica poderá ser encontrada na *capitis deminutio* romano que afectava tudo quanto tinha a natureza de estrangeiro. Todavia, no estágio actual das relações privadas internacionais, não nos parece que este ponto de vista seja sustentável em absoluto, particularmente se tivermos em consideração que a generalidade dos autores estão de acordo que na definição das normas de conflito e particularmente da definição dos conceitos-quadros nelas contidos o legislador toma em consideração não os conceitos no ordenamento material do foro, mas sim os vigentes no mundo civilizado.

Resta saber qual a importância da doutrina exposta para o nosso tema. No caso concreto não se trata de proceder a qualificação de situações privadas internacionais, mas sim de normas jurídicas.

Será válida a qualificação *lege fori* quando o seu objecto são normas jurídicas? Se nos situarmos na perspectiva de um certo ordenamento jurídico, como o português, v. gr., verificamos que a importância da qualificação que corresponde à definição da natureza jurídica de determinada norma se revela não apenas no domínio do direito internacional privado, mas igualmente no campo do direito interno. O que se poderá questionar é se será possível adoptar uma certa qualificação para servir no direito interno e outra qualificação para servir no domínio do direito internacional privado. Isto é, será possível qualificar as normas sobre a prova como normas de direito material, para servir no direito interno e como normas de direito processual para servir no plano internacional? Ou não será que, feita determinada opção, esta servirá tanto no

⁽¹³²⁾ In *Direito Internacional Privado — alguns problemas*, cit., ps. 160 e segs.

campo do direito interno, como no plano internacional? Se questionamos a natureza jurídica das normas sobre a prova vigentes no direito português, optada pela sua natureza substantiva ou processual, valerá esta opção tanto no plano interno como no plano internacional? Ou não será que na remissão para o direito estrangeiro deve ter-se em conta a qualificação que esse mesmo direito faz relativamente a essas mesmas normas?

Tememos não poder seguir aqui a tese dominante, pelas seguintes razões: o problema da aplicação das normas jurídicas, *maxime* as normas sobre o ónus da prova apenas surge quando já se mostra determinada a lei aplicável à situação *sub judice*. Ora se esta é uma lei estrangeira parece curial que se deva partir da qualificação feita nesse ordenamento jurídico, sob pena de se desvirtuar a harmonia do sistema em aplicação. Outra atitude poria em causa as expectativas das partes legitimamente constituídas à luz da lei aplicável à situação *sub judice* ⁽¹³³⁾.

Esta parece ser, aliás, o ponto de vista que decorre do art. 23.º do CC que ao mandar interpretar o direito estrangeiro dentro do sistema a que pertence faz uma clara opção pela qualificação das normas jurídicas segundo a tese *lege causae*.

11. ORDEM PÚBLICA

Da consideração da natureza material das regras relativas ao ónus da prova resultam, quer no plano interno, quer no plano internacional importantes consequências de que já temos vindo a fazer eco ao longo desta exposição ⁽¹³⁴⁾. As referências incidentais à aplicação das regras sobre o ónus da prova e bem assim das presunções, sejam legais ou judiciais, no tempo e no espaço; todo o estudo que fizemos relativamente a distinção anglo-americana entre o *right* e o *remedy*, importante não apenas no plano interno,

⁽¹³³⁾ Neste sentido também se pronuncia SCOTT, segundo o qual o problema da qualificação é decidido pela *lex fori*, mas quando se trata de decidir se uma regra de direito estrangeiro é processual ou substantivo deve considerar-se essa regra no seu contexto (ob. cit. ps. 325 e 326).

⁽¹³⁴⁾ Para uma síntese desta problemática cfr. MICHELI, ob. cit. ps. 196 e segs.

mas também no plano internacional e mesmo a solução dos conflitos de qualificação a que acabámos de fazer referência têm todos o tributo da opção que fizemos quanto a natureza das regras sobre o ónus da prova. E, se como foi considerado no início deste estudo a distinção entre normas da *ordinatoriae litis* e normas da *decisoriae litis* constitui a espinha dorsal de todo o Direito Internacional Privado, então podemos igualmente considerar que a opção que fizemos tem repercussões em todos os domínios deste ramo do saber, nomeadamente da *fraude a lei* ⁽¹³⁵⁾ e da *ordem pública* ⁽¹³⁶⁾. É, todavia, sobre este último ponto que mais se tem debruçado a doutrina que parece unânime em considerar que a recepção da norma material estrangeira sobre o ónus da prova deve fazer-se com as precauções habituais com que são recebidas todas as normas materiais de direito estrangeiro. Nomeadamente, não é por demais repisar o ensinamento de RAAPE no sentido de que toda a remissão para o direito estrangeiro constitui um salto no desconhecido (*Spung ins Dunkle*), pelo que o tribunal do foro na aplicação da normal material estrangeira deverá prevenir-se contra eventuais gravames aos princípios de *ordem pública* do Estado do foro. Um exemplo habitualmente citado é o de a norma material prever a prova por ordálio ⁽¹³⁷⁾, cuja aplicação seria arredada em favor da aplicação de outros instrumentos de solução. Mas o problema poderá eventualmente colocar-se relativamente a outros ordenamentos jurídicos, em que a decisão sobre o facto incerto não assenta no sistema de repartição do ónus da prova, mas partindo do grau de verosimilhança ou de probabilidade que permita ao juiz considerar o facto como provado ou não ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁵⁾ Ver neste sentido PERROT, segundo o qual o ónus da prova não pode depender do lugar onde o processo se desenvolve, porquanto um devedor de má fé poderia deslocar intencionalmente o seu domicílio com a única intenção de se furtar às regras que lhe são desfavoráveis (ob. cit. ps. 18).

⁽¹³⁶⁾ Cfr. GIOVANNI MARIA UBERTAZZI, in *Limiti all'execuzione in Italia di provvedimenti stranieri concernenti mezzi di prova*, Riv. Dir. Int. Pri. e Proc., ano IX, 1973, ps. 395 e segs.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. HUET, ob. cit. ps. 27 e 28. No mesmo sentido COOK, citado por GOODRICH, ob. cit. ps. 143, nota 5.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. SALVATORE PATTI, in *Libero convincimento e valutazione delle prove*, Riv. Dir. Proc., ano XL (segunda série) n.º 3, Julho-Setembro 1985, ps. 498.

Uma experiência deste tipo poderá ser encontrada nos países escandinavos e sobretudo na Suécia, por mérito de PER OLOF EKLOF e PER OLOF BOLDING ⁽¹³⁹⁾ que fazem recurso a fórmulas matemáticas e a métodos estatísticos para determinar o grau de probabilidade da existência ou inexistência de determinado facto ⁽¹⁴⁰⁾. Na fórmula de EKELOF, o facto é presumível, verosímil, provável ou certo, ou inverosímil ou impossível, consoante o grau de probabilidade, que poderá ir de 75% ou mais de 50%, até 100%, conforme o ponto de vista ⁽¹⁴¹⁾. Questão que se poderá colocar é até que ponto a ordem jurídica portuguesa em contacto com aqueles ordenamentos aceitará o recurso a métodos de decisão sobre o facto incerto, que lhe são desconhecidos. A questão torna-se mais pertinente se se tiverem consideração que estes esquemas de solução afastam um princípio fundamental de avaliação das provas que é o convencimento do juiz ⁽¹⁴²⁾, essencial para ordens jurídicas como a portuguesa. Estamos em crer, contudo, que este método de avaliação das provas não exprime um princípio de ordem pública internacional do Estado português, por forma a não poder ser afastado pela norma do direito estrangeiro que seria a normalmente competente ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹³⁹⁾ Ambos citados por PATTI, ob. cit. ps. 500.

⁽¹⁴⁰⁾ PATTI, ob. cit. ps. 499.

⁽¹⁴¹⁾ Para maiores desenvolvimentos cfr. PATTI, ob. cit. ps. 501 e segs. Ver igualmente a fórmula de BOLDING, mais simplificada que a de EKELOF em PATTI, (ob. cit. ps. 502). Resta saber como conciliar os esquemas propostos com as situações de contraprova do facto. Assim, se *A* prova 60% do facto e *B* em contraprova 40%, em compensação recíproca, resulta que este mesmo facto só está provado em 20%, já que 40% foi anulado em contraprova. Haverá ainda neste caso prova do facto, embora *A* tenha provado 60%, se em compensação recíproca *A* não atingiu o limite do provável?

⁽¹⁴²⁾ PATTI, ob. cit. ps. 498.

⁽¹⁴³⁾ O sentimento geral parece ser de facto o de que as normas sobre o ónus da prova não são de ordem pública. Neste sentido, HUET, segundo o qual seria exagerado declarar sistematicamente contrária a ordem pública uma lei estrangeira a pretexto de admitir um meio de prova não regulado pelo direito francês (ob. cit. ps. 28). Mais adiante (ps. 36 a 40) admite expressamente que as normas sobre a prova não são de ordem pública. Ainda que o sejam no plano interno não são de ordem pública internacional. Este mesmo ponto de vista parece resultar do art. 345.º n.º 2 in fine do CC, relativo as convenções sobre provas, segundo o qual se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública a convenção é nula em quaisquer circunstâncias. Estas razões parecem ser de ordem pública interna e não de ordem pública internacional.

Abreviaturas

Ac.	= Acórdão
AAF DL	= Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
BMJ	= Boletim do Ministério da Justiça
CC	= Código Civil
CPC	= Código do Processo Civil
Enc. Dir.	= Enciclopedia del Diritto
Enc. Jur.	= Enciclopedia Jurídica
Enc. Verbo	= Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura
Liv.	= Livro
Ord. Afon.	= Ordenações Afonsinas
Ord. Fil.	= Ordenações Filipinas
Ord. Man.	= Ordenações Manuelinas
Riv. Dir. Int. Priv. Proc.	= Rivista del Diritto Internazionale Privato e Processuale
RL	= Relação de Lisboa
RLJ	= Revista de Legislação e Jurisprudência

Bibliografia consultada

- ALBERTO DOS REIS, José: Código de Processo Civil anotado, vol. III, Coimbra 1985, ps. 304 e segs.
- Processo Ordinário e Sumário, vol. I, Coimbra 1928, ps. 32 e segs.
- ANDRADE, Manuel A. Domingos: Noções elementares de Processo civil, Coimbra, 1979.
- ANSELMO DE CASTRO, Artur: Direito Processual Civil, vol. I, Coimbra, 1981.
- ANTON, E.A.: Private International Law, Edinburgh 1967.
- BALARINO, Tito: Diritto Internazionale Privato, Padova, 1982.
- BATTIFOL, Henri: Droit International Privé, Paris, 1970, ps. 420 e segs.
- BOBIO, Norberto: Norma Giuridica, Novissimo Digesto Italiano, vol. XI, ps. 336.
- DE CASTRO, Amílcar: Direito Internacional Privado, 3.ª edição, Rio de Janeiro, 1977.
- CASTRO, Leonel Pereznieto: Derecho Internacional Privado, Mexico, 1981, ps. 233 e segs.
- CHESHIRE, G.C.: Private International Law, Oxford, 1957, ps. 649 e segs.
- In Private International Law, 6.ª edição, Londres, 1965.
- CAMPOS, Gonzaléz: Les Liens entre compétence judiciaire et la compétence législative en Droit International Privé, Rec. Cours, 1977, III, tome 156, 1980.
- LA CHINA, Sergio: Norma (dir. Proc. Civ), Enciclopedia del Diritto.
- CATELLANI, E. L.: Il Diritto Internazionale Privato e i suoi recenti progressi, vol. I.º, Torino 1883, ps. 825 e segs.
- CHIOVENDA, Giuseppe: Istituzioni di Diritto Processuale Civile, Napoli, 1933, vol. I, ps. 64 e segs.
- CORDEIRO, Antonio Menezes: Norma Jurídica, Enc. Polis, vol. 4, cols. 669 e segs.

- CORDOPATRI, Franco: Presunzioni (dir. proc. civ.), Enc. del Dir. vol. XXXV.
- DAVID, Cyrille: in La Loi Étrangère devant le juge du fond, Paris, 1965.
- DENTI, Vittorio: La natura giuridica delle norme sulla Prova nel processo civile, in Atti del VIII Convegno Nazionale (Pavia, 23-26 Maggio, 1968), Milão, 1971, ps. 159 e segs.
- DIENA, Giulio: Principi di Diritto Internazionale. Parte segunda, 2.ª edição, Milão-Roma-Napoli.
- FALCONBRIDGE, John Delatre: Essays on the Conflict of Law, 2.ª edição, Canadá 1954, ps. 301 e segs.
- FAZZARI, Elio: Efficacia della legge processuale nel tempo, Riv. Trim. de Dir. e Proc. Civ., Dez. 1989, ano XLIII, n.º 4, ps. 889 e segs.
- FERRER CORREIA, A.: Direito Internacional Privado — alguns problemas, Coimbra, 1989, ps. 159 e segs.
- Lições de Direito Internacional Privado, Coimbra, 1969 e 1973.
- FERRER CORREIA e F. A. PINTO, in Direito Internacional Privado, Leis e Projectos de Leis, Convenções internacionais, Coimbra, 1988
- FIORI, Franco: La Codificazione del Diritto Internazionale Privato e Processuale in Checoslovacchia, Milão, 1967, ps. 160 e segs.
- FRANCHI, Giuseppe: Iura novit curia e obbligo di decidere, Riv. Trim. de Dir. e Proc. Civ., Dez. 1988, ano XLII, n.º 4, ps. 1283 e segs.
- FONSECA, Jorge Carlos: Prova por presunções, Revista do Ministério da Justiça, (caboverdiana), ano 9.º, jan.º/jun. 1984, n.º 22, ps. 122 e segs.
- FUMAGALLI, Luigi: Problemi di Conflito tra Convenzione dell'Aja del 18 de Marzo 1970 e leggi locale: il caso "aerospaziale" — Riv. dir. int. priv. e proc. ano XXIII, n.º 4, Out.-Dez. 1987, ps. 709 e segs.
- GOLDSCHMIDT, Werner: Derecho Internacional Privado, Alberti 1970, ps. 441 e segs.
- Sistema y Filosofia del Derecho Internacional Privado, Tomo III, 2.ª edição, Buenos Aires, ps. 1 e segs.
- GOODRICH, Herbert F.: Handbook of the Conflit of Law, 3.ª edição, St. Paul, Minn., 1949, ps. 226 e segs; — Ibidem, 4.ª edição, ps. 142 e segs.
- GRAVESON, R.H.: Conflict of Law — Private International Law, 7.ª edição, Londres 1974, ps. 594 e segs.
- Cases on the Conflict of Law, Londres, 1949, ps. 445 e segs;
- HERON, Jacques: Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (a partir do droit civil), Rev. Trim. droit civ., n.º 2 Abr.-Jun. 1986, ano 84, ps. 315.
- HILDING, Eek: The Swedish Conflict of Law, Estocolmo, 1965, ps. 141 e segs.
- HUET, André: Les conflits de Lois en Matière de Preuve, Paris, 1965.
- INSTITUTE, The American Law: Restatement of the Law second Conflit of Law 2d, St. Paul, 1971, ps. 349 e segs.
- LEFLAR, Robert A: American Conflits Law, 1959, ps. 296 a 299.
- LAINÉ, Armand: Introduction au Droit International Privé, tomo I, Paris, 1888.
- LIEBMAN, Enrico Tulio: Diritto Processuale (in genere) e Diritto Processuale Civile, Novissimo Digesto Italiano, vol. V, ps. 1008 e segs.
- MACHADO, J. Baptista: Lições de Direito Internacional Privado, Coimbra 1974.
- Sobre a aplicação no tempo do novo código Civil, Coimbra, 1968, ps. 20 e segs e 273 e segs.

- MEIJERS, E. M.: *Droit International Privé*, Rec. Cour, 1934, III, tome 49, ps. 592 e segs.
- MENDES, João de Castro: — *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, 1961, ps. 437 e segs.
- *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, 1978/1979, ps. 172 e segs.
- MESSIAS, Jose Yanguas: *Derecho Internacional Privado*, 3.ª edição, ps. 385 e segs.
- MICHEL, Jean: *La prescription libératoire en Droit International Privé*, Paris, 1911.
- MICHELI, Gian Antonio: *L'Onere della Prova*, Padova, 1942, ps. 104 e segs e 181 e segs.
- MONACO, Ricardo: *L'efficacia Della legge nello spazio (Diritto Internazionale Privato)*, Torino 1954, ps. 91 e segs.
- MORVIDUCCI, Claudia: *Prova (dir. int. priv.) Enc. del. Dir.*, vol. XXXVII.
- *La legge competente a regolare l'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato italiano*, RDIPP, anno XIII, n.º 4 ottobre— dicembre, 1977, ps. 733-734.
- MORRIS, J.H.C.: *Cases on Private International Law*, 4.ª edição, Oxford, 1968, ps. 515 e segs.
- *Dacey and Morris on the Conflit of Law*, 10.ª edição, Londres 1980, vol. 2, ps. 1173 e segs.
- DE LA MUELA, Miaja: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 2.ª edição, Madrid 1954.
- PATTI, Salvatore: *Libero Convincimento e valutazione delle Prove*, Riv. di Dir. Proc., ano XL, Jul.-Set. 1986, ps. 481 e segs.
- PERROT, Roger: *Le regime de preuve en droit International Privé Français*, in *Atti del III Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Venezia 12 a 15 de Abril de 1962)*, Milão 1969.
- PILLET, A: *Principios de Derecho Internacional Privado (tradução espanhola)*, Tomo II, Madrid, 1923, ps. 321).
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e A. VARELA: *Código Civil anotado*, vol. I, 2.ª edição, anotação aos arts. 23.º e 348.º e segs.
- POCAR, Fausto: *Prove (Diritto Internazionale privato e processuale)*, *Novissimo Digesto Italiano*, *Appendice*, vol. VI, ps. 92 e segs.
- RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura: *Direito Internacional Privado e Constituição — introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra 1991.
- REGGI, Roberto: *Presunzioni (dir. rom)*, *Enc. del. Dir.* vol. XXXV.
- ROLIN, Alberic: *Principes du Droit International Privé*, Tomo III, Paris, 1897, ps. 50 e segs.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo: *Derecho Internacional Privado, Introduccion a sus problemas fundamentales*, 2.ª edición, Madrid 1976.
- SANCHES, J. Saldanha: *O ónus da Prova no Processo Fiscal*, Lisboa, 1987, ps. 95 e segs.
- SCOTT, A. W.: *Private International Law*, Londres, 1972, ps. 325 e segs.
- SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso: *onere (nozione)*, *Enc. del. Dir.* Vol. XXX, ps. 100 e segs
- STORY, Joseph: *Commentaries on the Conflit of Law*, Boston, 1883, ps. 850.

- SURVILLE, F.: *Cour Elementaire de Droit International Privé*, 7.^a edição, Paris 1925, ps. 660 e segs.
- SZASZY, Istvan: *Private International Law in the European Peoples's democracies*, Budapeste, 1964, ps. 156.
- TARUFFO, Michele: *Diritto alla Prova nel Processo Civile*, in *Riv. Dir. Proc.* ano XXXIX (segunda série) n.º 1, Jan.-Maio 1984, ps. 74 e segs.
- UBERTAZZI, Giovanni Maria: *Limiti all'execuzione in Italia di provvedimenti stranieri concernenti mezzi di prova*, *Riv. Dir. Int. Pri. e Proc.*, ano IX, 1973, ps. 395 e segs.
- VALERY, Jules: *Manuel de Droit International Prive*, Paris 1914.
- VARELA, João de Matos Antunes: *Das Obrigações em Geral*, 6.^a edição, vol. I, ps. 50 e segs.
- VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Provas (direito Probatório Material)*, *BMJ*, n.º 110, Nov. 1961.
- VERDE, Giovanni: *Prova (dir. proc. civ.)*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII, ps. 579 e segs.
- VERPLAETSE, Julian G.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid 1954, ps. 631 e segs.
- VILELLA, Alvaro da Costa Machado, *Tratado Elementar (teórico e práctico) de Direito Internacional Privado*, Livro II, aplicações, ps. 209 e segs.
- DI VIGNANI, ALESSANDRO TOMMASI: *Lex fori e Diritto Straniero*, Padova, 1964.
- VITTA, Edoardo: *Diritto Internazionale Privato*, I Parte generale, Torino 1972.
- WELAMSON, Lars: *Conflict of Law in the Field of evidence in Sacandinavian Law — Atti del III Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Venezia 12 a 15 de Abril de 1962)*, Milão 1969.
- WESTLAKE, (John) K.C.L.L.D.: *Traité de Droit International Privé*, (tradução francesa), Paris, 1914, ps. 498 e segs.
- WOLFF, Martin: *Private International Law*, 2.^a edição, Oxford 1950, ps. 227 e segs.