

APONTAMENTO SOBRE AS NORMAS DE APLICAÇÃO NECESSÁRIA PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS E O ART. 21.^º DO PROJECTO DE CÓDIGO CIVIL DE MACAU

Luís de Lima Pinheiro
Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

I. INTRODUÇÃO

Esta atenção é justificada. O peso das normas de aplicação necessária na regulação das situações “privadas” internacionais é discutido, como é discutido se existe aqui uma alternativa ao processo conflitual. Mas mesmo quem entende, como é o meu caso, que as normas de aplicação necessária são, pelo menos na ordem jurídica portuguesa, excepcionais, e que ainda constituem um processo conflitual de regulação, não nega a importância teórica e o interesse prático do tema.

Do ponto de vista teórico, é um tema que põe em jogo a conciliação de tendências unilaterais com os sistemas conflituais de base bilateralista e que, a meu ver, constitui um terreno de eleição para a aplicação da metodologia jurídica no quadro do Direito Internacional Privado.

No plano prático, é decisivo saber se e sob que condições um órgão de aplicação do Direito pode e deve respeitar a pretensão de aplicabilidade de normas que não integram a ordem jurídica competente segundo o sistema de Direito de Conflitos.

O Projecto do Código Civil de Macau contém uma disposição inovadora nesta matéria, que consta do art. 21.^º. Daí que me tenha parecido particularmente

oportuno ocupar-me deste tema nas *Jornadas de Direito Civil e Comercial: o Código Civil e o Código Comercial de Macau*, organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

II. AS NORMAS DE APLICAÇÃO NECESSÁRIA VIGENTES NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

1. Conceito de norma de aplicação necessária

Tradicionalmente as situações “privadas” internacionais são reguladas pelo sistema de Direito de Conflitos.

Em ordens jurídicas como a portuguesa o sistema de Direito de Conflitos é formado essencialmente por um conjunto de normas de conflitos bilaterais e de normas sobre a interpretação e aplicação destas normas de conflitos. No Direito português estas normas são, em geral, de fonte legal e constam principalmente do Código Civil e de convenções internacionais de unificação do Direito de Conflitos.

Portanto, a aplicação de uma norma jurídica a uma situação privada internacional depende, em princípio, da sua integração no Direito aplicável segundo o sistema de Direito de Conflitos.

Mas existem outros modos de regulação das situações “privadas” internacionais.

Desde logo, há normas de Direito material especial, i.e., normas materiais criadas especificamente para situações internacionais, cuja aplicação, por resultar de normas de conflitos especiais, é independente do sistema de Direito de Conflitos.

A moderna doutrina internacionalprivatística tem chamado a atenção para a existência de *normas de Direito comum* cuja aplicação a situações “privadas” internacionais também não depende do sistema de Direito de Conflitos. Fala-se a este respeito de normas autolimitadas e de normas de aplicação imediata ou necessária.

É *autolimitada* aquela norma material cuja esfera de aplicação no espaço não corresponde à que resultaria da actuação do sistema de Direito de Conflitos¹.

Isto pode resultar, em primeiro lugar, de esta norma material ser acompanhada de uma norma de conflitos especial (explícita ou implícita). Esta norma de conflitos é unilateral e *ad hoc* porque se reporta exclusivamente a uma norma material determinada da ordem jurídica do foro².

¹ Sobre as diferentes acepções da expressão “norma autolimitada” ver LIMA PINHEIRO (n. 5) 771 com mais referências.

² Sobre estas normas unilaterais *ad hoc* ver bibliografia cit. por LIMA PINHEIRO (n. 5) 774 n. 119 e, ainda, NEUHAUS — Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2^a ed., Tubinga, 1976, 105 e segs., seguido por KROPHOLLER — Internationales Privatrecht, 3^a ed., Tubinga, 1997, 94 e seg.

A autolimitação também pode ser o produto de uma valoração casuística, feita pelo intérprete face ao conjunto das circunstâncias do caso³.

Se a norma autolimitada reclama uma esfera de aplicação mais vasta do que aquela que decorreria do Direito de Conflitos trata-se de uma norma de aplicação imediata ou necessária⁴.

Para FRANCESCAKIS seriam normas de aplicação imediata as normas “cuja observação é necessária para a salvaguarda da organização política, social ou económica do país”⁵.

Com efeito, a actual importância das normas de aplicação necessária está intimamente relacionada com o fenómeno da ordenação e intervenção estadual por via normativa nas relações privadas.

Mas nem sempre as normas de aplicação necessária são expressão do intervencionismo estadual. Não parece possível caracterizá-las pelo seu conteúdo e fim⁶. Se, por indicação expressa do legislador, uma norma se sobreponha à ordem jurídica chamada pelo Direito de Conflitos geral, esta norma é de aplicação necessária, independentemente de quaisquer outras considerações.

Por exemplo, o DL n.º 275/93, de 5/8, com a redacção dada pelo DL n.º 180/99, de 22/5, determina que “Todos os contratos relativos a direitos reais de habitação periódica e a direitos de habitação turística em empreendimentos turísticos sitos em Portugal, por períodos de tempo limitados em cada ano, ficam sujeitos às disposições do presente diploma, qualquer que seja o lugar e a forma da sua celebração” (art. 60.º/7).

Segundo a interpretação mais correcta⁷, isto significa que as disposições materiais do diploma devem ser aplicadas qualquer que seja a lei reguladora do contrato, quando o imóvel estiver situado em Portugal. Estas disposições são, por conseguinte, normas de aplicação necessária.

³ Ver WENGLER — *Internationales Privatrecht*, 2 vols., Berlim e Nova Iorque, 1981, 89 e seg., n.º 93 p. 781 e aditamento p. 1292 e LIMA PINHEIRO (n.º 5) 774.

⁴ No mesmo sentido, MARQUES DOS SANTOS (n.º 2) 697.

⁵ “Conflits de lois (principes généraux)”, in Rép. dr. int., t. I, Paris, 1968, nº 137. Para um critério material de qualificação das normas de aplicação necessária apontam igualmente WENGLER (n.º 8) 88 e seg., MARQUES DOS SANTOS (n.º 2) 927 e segs., 934, 940 e seg. e 1033, cp. 959 e MOURA RAMOS (n.º 3) 667 e segs., cp. 671 e seg.

⁶ Neste sentido LOUSSOUARN — “Cours général de droit international privé”, RCADI 139 (1973) 271—385, 328 e seg.; SCHWANDER — *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR—Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Zurique, 1975, 283; EGON LORENZ — “Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht”, RIW 33 (1987) 569—584, 578 e seg.; VISCHER — “Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR—Gesetz”, RabelsZ 53 (1989) 438—461, 446; SCHURIG — “Zwingendes Recht, ‘Eingriffsnormen’ und neues IPR”, RabelsZ 54 (1990) 218—250, 226 e segs.; MAYER — *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, 1994, 90.

⁷ Conforme com o art. 9.º da Dir. 94/47/CE que o DL n.º 180/99 veio transpor.

Todavia, contrariamente ao que se verifica com o Direito material especial, são diminutos os casos em que o legislador estabelece uma norma de conflitos *ad hoc* para normas ou leis individualizadas de Direito comum. Daí que muitos autores coloquem o acento no estabelecimento da “autolimitação” por via interpretativa, principalmente com recurso a um critério teleológico que atenda ao fim político-jurídico prosseguido pela norma material.

Esta “autolimitação” por via interpretativa suscita, porém, questões muito delicadas.

Parece muito duvidoso que a interpretação de uma norma possa ser conclusiva quanto à sua esfera de aplicação no espaço. O conteúdo e fim da norma podem fornecer indicações importantes para o efeito, mas não parece que a interpretação da norma material possa por si conduzir a uma solução conflitual⁸.

A formulação de uma norma de conflitos *ad hoc* ou uma valoração casuística sobre a aplicabilidade da norma passam necessariamente por um raciocínio conflitual, por uma avaliação dos laços que a situação estabelece com os diversos Estados em presença, que é exterior ao processo interpretativo da norma material a que diz respeito.

Por exemplo, algumas decisões dos tribunais portugueses têm entendido que as normas sobre despedimentos contidas na lei portuguesa são aplicáveis mesmo que o contrato de trabalho seja regido por uma lei estrangeira. Isto decorre da consideração do fim de protecção destas normas e da sua relação com os direitos fundamentais consagrados na Constituição. Mas não se encontra esclarecido qual o elemento ou elementos de conexão de que depende a aplicação destas normas. Enquanto uma decisão afirma que elas são sempre aplicáveis quando se trate de trabalhadores portugueses, outras decisões, relativas a trabalhadores portugueses de consulados portugueses, não seguem o mesmo entendimento.

É necessário um raciocínio conflitual, que valore o significado dos diferentes elementos de conexão.

⁸ Ver RABEL — DROBNIG — *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. I, 2^a ed., 1958, 102 e seg.; WENGLER — “The General Principles of Private International Law”, RCADI 104 (1961) 271—469, 358 e seg. e n. 10; Gerhard KEGEL — “The Crisis of Conflict of Laws”, RCADI 112 (1964) 91—267, 198 e segs.; Id. — “Die selbstgerechte Sachnorm”, in *Gedächtnisschrift für Albert EHRENZWEIG*, org. por Erik JAYME e Gerhard KEGEL, 51—86, Karlsruhe e Heidelberg, 1976, 78, assinalando que extrair uma norma de conflitos de uma norma material é dificilmente possível, pois que a norma de conflitos é político-juridicamente um aliud; SCHURIG — *Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Berlim, 1981, 57. Não excluindo em absoluto essa possibilidade, mas entendendo que só se verifica em casos excepcionais, CAVERS — “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, RCADI 131 (1970) 75—308, 122 e segs.; PIERRE LALIVE — “Tendances et méthodes en droit international privé”, RCADI 155 (1977) 1—425, 120 e segs.; FERRER CORREIA — *Direito Internacional Privado. Alguns problemas*, Coimbra, 1981, 38 e segs. e 60 e segs., maxime n. 31; MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 381 e segs. e 655.

No exemplo dado, parece que a execução do contrato de trabalho em Portugal é uma ligação suficiente para desencadear a aplicação destas normas. Perante a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais isto já decorre da norma de conflitos geral (art. 6.º). Mas MOURA RAMOS defende que essas normas também são aplicáveis quando residentes habitualmente em Portugal sejam contratados através de estabelecimentos situados em Portugal para prestarem trabalho no estrangeiro⁹. Neste caso essas normas actuarão como normas de aplicação necessária ao abrigo do art. 7.º/2 da convenção. Tenho por certo que essas normas já não serão aplicáveis se trabalhadores portugueses ou residentes habitualmente em Portugal forem contratados por estabelecimentos situados no estrangeiro para prestarem trabalho no estrangeiro.

As normas de aplicação necessária não constituem pois uma alternativa ao processo conflitual ou de regulação indirecta¹⁰, mas uma manifestação de um certo tipo de unilateralismo¹¹, que coloca o problema do Direito aplicável em função de normas individualizadas¹². Este modo de colocar o problema aproxima-se daquelas correntes de pensamento, fortemente representadas entre os internacionalprivatistas estadounidenses, que favorecem uma consideração do fim prosseguido com normas e regimes jurídicos individualizados¹³.

⁹ Cf. (n. 2) 790 e “Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português”, in *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, 1997, 331—357, 352. Sobre o ponto ver ainda LIMA PINHEIRO — Direito Internacional Privado — Parte Especial (Direito de Conflitos), Coimbra, 1999, junto às notas 321 a 323.

¹⁰ Cf., no sentido de serem uma alternativa ao “método conflitual”, FRANCESCAKIS (n. 10) nºs 23 e segs., 64 e segs., 89 e segs. e 124; BATIFFOL — “L’avenir du droit international privé”, in *Choix d’articles*, 315—331, 1973, 320 e seg.; Id. — “Actualité des intérêts du droit international privé”, in FS Konrad ZWEIGERT, 23—35, 1981, 24 e seg.; Id. — “De l’usage des principes en droit international privé”, in Est. António FERRER CORREIA, 103—119, Coimbra, 1986, 116 (mas cp. Id. L’avenir... 327 e “L’ état du droit international privé en France et dans l’europe continentale de l’ouest”, *Choix d’articles*, 11—31, 1973, 24); MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 37, 816 e segs., 840 e seg. e 963. Ver a crítica de PICO E — *Ordinamento competente e direito internazionale privato*, Milão, 1986, 11 e segs.

¹¹ Ver também GOTTHOT — “Le renouveau de la tendance unilatérale en droit international privé”, R. crit. 60 (1971) 1—243 e 415—450, 211 e segs.; VITTA — “Diritto internazionale privato”, in *Dig priv. civ.*, vol. VI, 1990, nº 24; MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 1040, 1048 e seg. e 1061; VISCHER — “General Course on Private International Law”, RCADI 232 (1992) 9—256, 42 e seg.; e, BATIFFOL — LAGARDE — *Droit international privé*, vol. I — 8^a ed., Paris, 1993, 425 e segs.

¹² Como escrevi em *A Jurisprudência dos Interesses e o Direito Internacional Privado* (relatório de mestrado policopiado), Lisboa, 1986, 65, “Não estará aqui de todo ausente um ‘raciocínio de DIP’, mas é um raciocínio de todo subordinado a uma especial vinculação do fim de uma norma a uma dada realidade espacial e que, como tal, parte da norma material e não da relação jurídica.”

¹³ Ver CAVERS — “A critique of the choice-of-law problem”, Harv. L. R. 47 (1933) 173—208; Id. — “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, RCADI 131 (1970) 75—308, 122 e segs. e 137 e segs.; CURRIE — *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 177 e segs., 186 e seg. e 383; e, EHRENZWEIG — *Private International Law*, vol I, Leyden e

Se a aplicação da norma material do foro depende de uma norma de conflitos *ad hoc* ou de uma valoração conflitual casuística nunca é, por certo, imediatamente aplicável¹⁴. Trata-se de um processo de regulação indirecta. A diferença relativamente à regulação por via do sistema de Direito de Conflitos é técnica: resulta da substituição deste sistema por normas de conflitos *ad hoc* ou por uma valoração conflitual casuística.

Por esta razão prefiro a expressão “norma de aplicação necessária” a “norma de aplicação imediata”.

2. Determinação das normas de aplicação necessária

A questão fundamental que se coloca nesta matéria é a de saber quando é que o intérprete deve entender que determinada norma ou lei é de aplicação necessária.

Se houver indicação expressa do legislador não há problema. A norma de conflitos especial prevalece sobre o Direito de Conflitos geral.

Na falta de solução expressa cabe ao intérprete demonstrar que se verifica um dos seguintes pressupostos:

- a vigência de uma norma de conflitos especial implícita;
- a necessidade de criação de uma solução conflitual especial à luz da teoria das lacunas da lei;
- a vigência de uma cláusula geral que permita colocar o problema da aplicabilidade da norma material em função das circunstâncias do caso concreto.

Como já se assinalou, são diminutos os casos em que o legislador português estabeleceu expressamente uma norma de conflitos especial para normas de Direito material comum.

A demonstração da vigência de uma norma de conflitos especial implícita ou da necessidade da criação, pelo intérprete, de uma solução especial, está sujeita a directrizes metodológicas estritas. A norma de conflitos implícita deve inferir-se das proposições legais ou de práticas acompanhadas de uma convicção de vinculatividade.

Nova Iorque, 1967: 59 e 64. Sobre este relacionamento, ver LIMA PINHEIRO (n. 17) 62 e segs.; MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 332; e, segs. e 570 e segs. e GUEDJ — “The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law — A Comparative Analysis With Modern American Theories”, Am. J. Comp. L. (1991) 661—697.

¹⁴ Cf. TOUBIANA — Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique), Paris, 1972, 230 e segs.; DEBY—GÉRARD — Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Paris, 1973, 37 e segs. e 48 e segs.; NEUHAUS (n. 7) 105 e segs., seguido por KROPHOLLER (n. 7) 94 e seg.; PIERRE LALIVE (n. 11) 106; e, SCHURIG (n. 9) 233 e segs.

Na falta de norma de conflitos implícita, a criação de uma solução conflitual pelo intérprete pressupõe a revelação de uma lacuna que deva ser integrada dessa forma. Na maioria dos casos, pelo menos, só pode tratar-se de uma lacuna oculta, porque a situação se encontra em princípio abrangida por uma norma do sistema de Direito de Conflitos. Por conseguinte, a revelação da lacuna pressupõe uma interpretação restritiva ou uma redução teleológica da norma de conflitos geral.

E é uma questão em aberto até que ponto no Direito Internacional Privado português vigora uma cláusula geral que permita ao intérprete uma valoração conflitual casuística. Perante a omissão do legislador e a tibieza da jurisprudência não vejo fundamento para a vigência desta cláusula geral.

De onde decorre que, na falta de norma de conflitos especial ou de revelação de uma lacuna que deva ser integrada mediante a criação de uma solução conflitual especial, o intérprete não pode atribuir a uma norma material o carácter de norma de aplicação necessária. Esta norma só pode relevar através da cláusula de ordem pública internacional, como *limite à aplicação do Direito estrangeiro*. Mas para isso é necessário que se trate de uma norma fundamental da ordem jurídica portuguesa e que o resultado concreto a que conduza o Direito estrangeiro competente seja manifestamente incompatível com esta norma.

De onde decorre que *as normas de aplicação necessária são excepcionais*. Não se encontra aqui, portanto, uma alternativa global ao sistema de Direito de Conflitos, mas um limite ao funcionamento deste sistema que só se verifica em casos excepcionais.

Em matéria de contratos obrigacionais, vigora na ordem jurídica portuguesa o art. 7.º/2 da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, que permite a sobreposição das normas de aplicação necessária do foro à lei designada pelas normas de conflitos da convenção.

Também o art. 16.º da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação permite a aplicação de normas de aplicação necessária do Estado com o qual a situação apresente uma conexão efectiva (tanto pode ser o Estado do foro como um terceiro Estado).

Estes preceitos nada dispõem sobre a determinação das normas de aplicação necessária e, por conseguinte, não vêm alterar a posição assumida a este respeito em tese geral¹⁵.

3. O art. 21.º do Projecto do Código Civil de Macau

O Projecto do Código Civil de Macau contém uma disposição inovadora sobre as normas de aplicação necessária vigentes na ordem interna. Sob a epígrafe

¹⁵ Ver também LIMA PINHEIRO (n. 5) 776 e, relativamente à Convenção da Haia, KARSTEN — “Explanatory Report”, in Conférence de la Haye de droit international privé. Actes et documents de la treizième session, vol. IV, 1979, n.º 94.

“Normas de aplicação imediata” o art. 21.^º determina que “As normas da lei de Macau que pelo seu objecto e fim específicos devam ser imperativamente aplicadas prevalecem sobre os preceitos da lei exterior designada nos termos da secção seguinte.”

A “Nota de Abertura” e a “Breve Nota Justificativa” do Projecto informam que a Professora ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO colaborou decisivamente na preparação das normas de Direito Internacional Privado, o que permite supor que a redacção do art. 21.^º se deve a esta insigne internacionalprivatista.

Não cabendo fazer aqui uma exegese aprofundada desta disposição, assinalar-se-á que ela evoca, por um lado, o art. 7.^º/2 da supracitada Convenção de Roma, que se refere às “regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato”.

Em ambos os preceitos aflora uma ideia de *imperatividade internacional*: trata-se de normas que além de materialmente imperativas, também reclamam aplicação a situações internacionais independentemente do Direito aplicável segundo o Direito de Conflitos geral¹⁶. O art. 7.^º/2 da convenção é, a este respeito, mais explícito. O art. 21.^º do projecto limita-se a referir as “normas que pelo seu objecto e fim específicos devam ser imperativamente aplicadas”. Esta “aplicação imperativa” já contém em si a ideia de aplicação independente do sistema de Direito de Conflitos.

O art. 21.^º do projecto também tem um alcance diferente do art. 7.^º/2 da Convenção de Roma. Esta última disposição limita-se a permitir a sobreposição das normas de aplicação necessária do foro à lei designada pelas normas de conflitos da convenção. Como já se assinalou ela nada dispõe sobre a determinação das normas de aplicação necessária. Já o art. 21.^º do projecto admite que a imperatividade internacional da norma seja inferida do seu objecto e fins.

Por este lado, a disposição evoca o art. 17.^º da Lei de Reforma do Sistema Italiano de Direito Internacional Privado, de 1995. Segundo este artigo, “É ressalvada a prevalência sobre as disposições que se seguem das normas italianas que, em consideração do seu objecto e do seu fim, devam ser aplicadas não obstante o chamamento da lei estrangeira”¹⁷.

De disposições desta natureza resulta, segundo me parece, que o intérprete ficará colocado numa posição diferente daquela que foi atrás definida perante o Direito Internacional Privado português. O intérprete é autorizado a aplicar uma norma material sempre que, *partindo* da sua interpretação e perante o con-

¹⁶ Ver Max KELLER — Kurt SIEHR — Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zurique, 1986, 244 e seg.

¹⁷ “È fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.” Ver também o art. 18.^º da Lei suíça de Direito Internacional Privado e o art. 3076.^º do Código Civil do Quebeque (com a redacção dada em 1991).

junto das circunstâncias do caso concreto conclua que a norma “reclama aplicação”. Apesar do acento colocado no objecto e fins da norma, creio, pelas razões atrás expostas, que é sempre necessário um raciocínio conflitual¹⁸. Assim, uma disposição desta natureza vem a traduzir-se numa modalidade de cláusula geral que permite uma valoração conflitual casuística.

Isto não deve significar a aplicação sistemática de regras imperativas do foro como normas de aplicação necessária. A sobreposição de normas materiais do foro ao Direito estrangeiro competente segundo o sistema de Direito de Conflitos contraria os fins prosseguidos por este sistema. Uma norma só deve ser qualificada, por esta via, como de aplicação necessária, quando haja razões suficientemente ponderosas para justificarem um sacrifício dos fins prosseguidos pelo sistema de Direito de Conflitos. É também necessário que a “pretensão de aplicabilidade” no caso resulte claramente da interpretação da norma, designadamente à luz da intenção legislativa, e de valorações conflituais compatíveis com o sistema de Direito de Conflitos¹⁹.

Como assinala, perante o Direito italiano, TREVES, o critério de identificação das normas de aplicação necessária deve ser restritivo, por forma que a esta normas continuem a constituir uma exceção²⁰.

III. A RELEVÂNCIA DE NORMAS IMPERATIVAS ESTRANGEIRAS

1. Identificação do problema

A discussão sobre as normas de aplicação necessária veio suscitar a questão de saber se e em que termos deverá ser dada relevância a normas materiais de sistemas estrangeiros que não são os chamados pelo sistema de Direito de Conflitos a regular a situação.

A questão tem frequentemente sido colocada só em relação às normas de aplicação necessária de terceiros Estados, i.e., normas materiais que, pertencendo a uma ordem jurídica estrangeira que não é competente segundo o Direito de Conflitos geral do foro, reclamam uma esfera de aplicação no espaço mais vasto do que aquela que resultaria da actuação do respectivo sistema estrangeiro de Direito de Conflitos.

Pelas razões adiante expostas entendo que a questão deve ser colocada em termos mais amplos: a relevância de quaisquer normas imperativas estrangeiras, que não estejam integradas na ordem jurídica competente segundo o Direito de

¹⁸ Cp. Tullio TREVES — “Articolo 17”, in Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218 — Commentario, RDIPP 31 (1995) 986—990.

¹⁹ Ver também as considerações tecidas por VISCHER — “Art. 18” in IPRG Kommentar, Zürich, 1993, n.º 3.

²⁰ Op. cit. (n. 23) 989.

Conflitos geral do foro, quer sejam ou não de aplicação necessária perante o respectivo sistema estrangeiro de Direito de Conflitos.

As normas imperativas estrangeiras só podem ser aplicadas na ordem jurídica local por força do título de aplicação que uma proposição vigente nesta ordem jurídica lhes conceda.

A esta luz, cabe distinguir entre normas imperativas da *lex causae* – a lei designada pelo sistema de Direito de Conflitos – e normas imperativas de terceiros ordenamentos.

As normas imperativas da *lex causae* são, em princípio, aplicáveis no quadro do título de aplicação conferido a essa lei pelas normas de conflitos gerais²¹.

Quanto às normas imperativas de terceiros ordenamentos, coloca-se a questão de saber se a ordem jurídica local lhes confere um título de aplicação mediante proposições jurídicas especiais ou se, de outro modo, permite a sua tomada em consideração.

Um exemplo importante de norma sobre a relevância de normas imperativas de terceiros ordenamentos é o n.º 1 do art. 7.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais²²:

“Ao aplicar-se, por força da presente Convenção, a lei de um determinado país, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita se, e na medida em que, de acordo com o direito deste último país, essas disposições forem aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato. Para se decidir se deve ser dada prevalência a estas disposições imperativas, ter-se-á em conta a sua natureza e o seu objecto, bem como as consequências que resultariam da sua aplicação ou da sua não aplicação.”

Assinale-se que esta norma só confere relevância às normas imperativas de terceiro Estado que sejam de aplicação necessária (visto que só se refere às disposições que sejam aplicáveis qualquer que seja a lei reguladora do contrato). Se as normas imperativas do terceiro Estado forem aplicáveis a título de Direito regulador do contrato o art. 7.º/1 não lhes confere relevância. Isto exprime a tendência para encarar o problema da relevância de normas imperativas de terceiros Estados como uma das vertentes do tema das normas de aplicação necessária.

Esta atitude não se me afigura justificada: por que razão se há-de tratar diferentemente as normas imperativas de terceiros Estados, que apresentam uma ligação significativa com a situação, conforme na ordem jurídica estrangeira se-

²¹ Cf. a doutrina referida por LIMA PINHEIRO (n. 5) 781 e seg.

²² Sobre este preceito ver MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 1020 e segs. e LIMA PINHEIRO (n. 5) 778 e seg. e bibliografia aí referida.

jam ou não encaradas como normas de aplicação necessária? A distinção conduzirá, designadamente, a que normas imperativas de conteúdo e finalidade semelhantes e que são consideradas aplicáveis no caso pelo Direito Internacional Privado do sistema de onde promanam sejam tratadas de modo diferente, conforme a sua aplicação dependa ou não, segundo o mesmo Direito Internacional Privado, de integrarem o estatuto obrigacional²³.

Por conseguinte, o problema diz respeito à relevância de quaisquer normas imperativas estrangeiras, que não estejam integradas na ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos geral²⁴.

Acrescente-se que n.º 1 do art. 7.º da Convenção de Roma não vigora na ordem jurídica portuguesa, porque Portugal fez a reserva prevista na al. a) do n.º 1 do art. 22.º da Convenção.

2. Principais teses sobre a relevância das normas imperativas estrangeiras

Com respeito à relevância de normas imperativas de terceiros ordenamentos em matéria de obrigações contratuais fazem-se representar na doutrina duas teses fundamentais: a *teoria do estatuto obrigacional* e a *teoria da conexão especial*.

Segundo o entendimento tradicional, que corresponde à teoria do estatuto obrigacional, as normas imperativas estrangeiras só serão aplicadas quando integrem a *lex causae*²⁵. Normas de terceiros ordenamentos só poderão relevar enquanto pressupostos de facto de normas da *lex causae*, em termos que adiante se esclarecerão.

A dita teoria da conexão especial não corresponde a uma concepção unitária.

Na formulação que lhe foi dada pelo primeiro WENGLER, traduz-se numa cláusula geral segundo a qual serão aplicadas, além das normas jurídicas que pertençam ao estatuto obrigacional, as de qualquer outra ordem jurídica, dispos-

²³ Ver ainda LIMA PINHEIRO (n. 5) 780 e seg.

²⁴ Poderá pensar—se que é esta a perspectiva adoptada no art. 19.º da Lei suíça de Direito Internacional Privado e no art. 3079.º do Código Civil do Quebeque (com a redacção dada em 1991)—cf., pelo que toca ao Direito suíço, Frank VISCHER — “Art. 19” in IPRG Kommentar, Zurique, 1993, n.º 12. Mas a versão italiana do art. 19.º da Lei suíça refere—se expressamente a “normas estrangeiras de aplicação necessária”.

²⁵ Por todos ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, num primeiro momento do seu pensamento (n. 1) 319 e segs.; SCHNITZER — Handbuch des internationalen Privatrechts, 4^a ed., vol. II, Basileia, 1958, 787 (com respeito à legislação sobre divisas); MANN — “Conflict of Laws and Public Law”, RCADI 132 (1971) 107—196, 157 e segs.; BATIFFOL — An. a Cass. 17/10/72, R. crit. 62 (1973) 521—524, 522 e seg.

No domínio das obrigações voluntárias, tem—se em primeira linha em vista a *lex contractus* conquanto, em rigor, a *lex causae* possa também ser a designada por uma das normas conflitos, contidas no sistema, que concernem a questões parciais (mormente capacidade, forma, valor negocial do comportamento e modo de cumprimento).

tas a aplicar-se, desde que exista uma relação suficientemente estreita entre a ordem jurídica em causa e o contrato e tendo como limite a sua conformidade com a ordem pública do foro²⁶.

Esta cláusula geral utiliza um conceito designativo indeterminado – a relação estreita – e contém uma remissão condicionada à vontade de aplicação das normas em causa.

Encontram-se variantes desta concepção em NEUMAYER, TOUBIANA e outros autores²⁷.

São também variantes desta concepção as soluções consagradas no n.º 1 do art. 7.º da Convenção de Roma e no art. 16º da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação. Ao nível dos sistemas nacionais posso referir o art. 19.º da Lei suíça de Direito Internacional Privado e o art. 3079.º do Código Civil do Quebeque (com a redacção dada em 1991).

Entre nós é defendida uma concepção próxima por MARQUES DOS SANTOS, que partindo da ideia básica de reconhecimento no Estado do foro da vontade de aplicação das normas de aplicação imediata estrangeiras propõe a adopção de uma “regra de reconhecimento” “que dê um título e legitime a rele-

²⁶ 1941: 181 e segs., 185 e segs. e 197 e segs. Num segundo momento [(n. 8) 92 e segs. e 110], WENGLER veio sugerir a formulação de uma cláusula geral de ordem pública internacional (positiva) “em sentido próprio”, por força da qual é permitida a aplicação de normas injuntivas de terceiros Estados dispostas a aplicar-se quando, na perspectiva do Estado do foro, servem um interesse da comunidade jurídica internacional, considerada no seu conjunto, com respeito à conformação jurídica das relações internacionais e quando existe uma disposição semelhante no Estado do foro, que reclama um domínio de aplicação excepcional, mesmo que não se possa dizer que com isso seja promovido indirectamente um interesse nacional do Estado do foro. Neste segundo caso, trata-se, em certo sentido, de uma ideia de reciprocidade: um Estado que edita normas com um domínio de aplicação excepcional reconhece aos Estados estrangeiros uma correspondente competência. Esta solução seria ainda de seguir quando no Estado do foro não há disposição equivalente mas o juiz verifica que o Estado do foro teria adoptado regulação correspondente, se a necessidade de uma tal regulação tivesse aí sido sentida.

²⁷ NEUMAYER — “Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations”, R. crit.(1957) 579—604 e (1958) 53—78, 1958; TOUBIANA (n. 19) 256; LANDO — “The Conflict of Laws of Contracts. General Principles”, RCADI 189 (1984) 223—447, 404 e segs.; DROBNIG — “Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen — eine Interessenanalyse”, in FS Karl NEUMAYER, 159—179, 1985, 159 e 178 e seg., ver também “Das Profil des Wirtschaftskollisionsrechts”, RabelsZ 52 (1988) 1—7: 5 e 7; CHRISTIAN VON BAR — Internationales Privatrecht, vol. I, Munique, 1987, 235; MAYER (n. 11) 92 e seg.; MARTINY “Art. 34” in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. X, 3.^a ed., Munique, 1998, n.º 48 (mas cp. SONNENBERGER “Einl. IPR” in op. cit., n.ºs 59 e 61 e segs.); BATIFFOL — LAGARDE (n. 16) 429 e seg. Cp. KEGEL — Internationales Privatrecht — ein Studienbuch, 7^a ed., Munique, 1995, 119 e 850; ver ainda ROZAS — LORENZO — Curso de Derecho Internacional Privado, 2^a ed., Madrid, 1993, 537 e segs. e a crítica de BASEDOW — “Wirtschaftskollisionsrecht — Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates”, RabelsZ 52 (1988) 8—38, 25 e seg.

vância, no Estado do foro, de tais regras, de acordo com as condições e dentro dos limites fixados por este último Estado”²⁸.

Como limites ao “reconhecimento” coloca MARQUES DOS SANTOS a exclusão de pretensões de aplicação exorbitante e das normas que colidam com interesses do Estado do foro ou com interesses afins aos de este Estado²⁹.

Que dizer destas teses?

Quanto à teoria do estatuto obrigacional parece que, levada às suas últimas consequências, impediria qualquer desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema pela jurisprudência e pela ciência jurídica. Estaria vedado o desenvolvimento de normas de conflitos especiais ou de cláusulas gerais, com carácter bilateral, mesmo no caso de, na ordem jurídica do foro, o legislador haver consagrado normas unilaterais *ad hoc* ou uma cláusula geral com respeito à aplicabilidade de certas normas materiais do foro.

Por exemplo, ficaria liminarmente excluída a possibilidade de bilateralizar uma norma unilateral segundo a qual certas normas sobre cláusulas contratuais gerais se aplicariam a todos os contratos que apresentam uma conexão estreita com o Estado do foro, mesmo àqueles que não são regidos pelo Direito do foro, por forma a aplicar normas de conteúdo e função semelhante existentes num Estado estrangeiro, quando o contrato apresenta uma conexão estreita com o Estado estrangeiro mas não com o Estado do foro.

Ora, esta atitude é contrária à tendência actual para reconhecer o papel criativo da jurisprudência e da ciência jurídica e dificilmente se vê a razão por que ao intérprete há-de ser negada, em relação às normas unilaterais *ad hoc*, aquela possibilidade de bilateralização que, em princípio, lhe é reconhecida com respeito a outras normas unilaterais³⁰.

Quanto à teoria da conexão especial, é de sublinhar que as cláusulas gerais sobre a relevância de normas imperativas de terceiros Estados deixam uma larga margem de apreciação ao intérprete, que tem por correlativo a incerteza sobre o regime jurídico aplicável e a imprevisibilidade de soluções³¹.

²⁸ (N. 2) 1046; mais adiante, o autor fala, a este respeito, em “atribuir eficácia” às regras de aplicação imediata estrangeiras [op. cit. 1047], classificando como “regras de reconhecimento” as que constam dos arts. 7.º/1 da Convenção de Roma e 19.º da Lei suíça de Direito Internacional Privado.

²⁹ N. 2 1052. Os interesses comuns não seriam pois uma condição de aplicação, mas um limite à aplicação. Estes interesses comuns poderiam ser referidos apenas a alguns Estados com os quais Portugal tenha particulares afinidades, nos domínios político, económico, social e cultural [op. cit. 1056]. À época, o autor entendia que esta construção poderia “ser aplicada” na ordem jurídica portuguesa, invocando a “próxima adesão” à Convenção de Roma, o art. 65.º/2 CC como regra “que assegura o reconhecimento em Portugal de certas normas de aplicação imediata estrangeiras mediante a elaboração de uma conexão especial” e o art. 31.º/2 e /3 da Lei n.º 13/85, de 6/7 (Lei do Património Cultural Português).

³⁰ Ver ainda LIMA PINHEIRO (n. 5) 783.

³¹ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (n. 1) 328 e seg.

Uma maior certeza e previsibilidade de resultados só podem ser alcançados mediante uma determinação das conexões relevantes e das exigências que devem ser postas ao conteúdo e fim das normas imperativas de terceiros Estados. Para o efeito poderá apostar-se mais na bilateralização das soluções consagradas para as normas autolimitadas de Direito interno ou na criação de normas de conflitos bilaterais independentemente de um processo de bilateralização.

3. Posição adoptada de *iure condendo*

De *iure condendo*, dou preferência à criação de *normas de remissão condicionada* a certas categorias de normas imperativas vigentes em Estados que apresentam determinada conexão com a situação³².

A remissão será condicionada à “disposição a aplicar-se” das normas em causa, quer se trate de normas de aplicação necessária ou de outras normas injuntivas que “reclamam aplicação” por força do respectivo sistema de Direito de Conflitos.

Na elaboração destas normas entrarão em linha de conta não só as finalidades de política legislativa de normas e regimes materiais individualizados, mas também o conjunto de princípios e ideias orientadoras do Direito Internacional Privado, designadamente os princípios relativos à conformação global do sistema e a tutela dos interesses típicos das partes.

Assim, por exemplo, no que toca aos contratos, defendo uma remissão condicionada ao Direito do lugar em que o contrato deve ser executado³³. Esta remissão condicionada justifica-se com respeito quer às normas imperativas relativas à sua execução³⁴ quer às regras que estabeleçam requisitos de validade do conteúdo e do fim do contrato³⁵.

³² Em sentido convergente ver SCHURIG (n. 11) 229 e segs. e 238 e segs.

³³ Sobre a jurisprudência inglesa em matéria de invalidade do contrato cujo objecto ou fim é contrário a disposições da lei do lugar da execução, que aponta até certo ponto neste sentido, ver LIMA PINHEIRO (n. 5) 787 e seg.

³⁴ A decisão proferida pelo STJ em 7/6/83 [BMJ 328: 447], relativamente a um contrato de trabalho, parece apontar neste sentido. Com efeito, pode ler—se nesta decisão: “A remissão [feita no contrato] para a lei e usos locais quanto a exigências de carácter sanitário, horários de trabalho, descanso, actividades políticas ou religiosas, segredo profissional em obras de carácter militar ou de segurança (...) é perfeitamente compatível com a aplicação genérica da lei portuguesa [a título de lex contractus], dado versar sobre pontos específicos inerentes a trabalho prestado no território daquele país, ou mesmo se impor por razões de soberania”. Sobre a aplicabilidade das normas de Direito público vigentes no lugar da execução do trabalho ver LIMA PINHEIRO (n. 14) junto à nota 331, e bibliografia aí indicada.

³⁵ Ver também ZWEIGERT — “Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote”, RabelsZ 14 (1942) 283—307, 295; Id. — “Droit international privé e droit public”, R. crit. 54 (1965) 645—666, 649; TOUBIANA (n. 19) 297 e segs.; e, SPERDUTI — “Droit international privé et droit public étranger”, Clunet 104 (1977) 5—15, 13 e seg. Indicações neste sentido encontram—se já em TAVARES DE MEDEIROS — Da Reciprocidade Internacional no Cumprimento das Obrigações Civis, Lisboa, 1892, 29 e seg. e 57.

A aplicação à validade do contrato das normas contidas na lei do lugar onde o contrato é executado permite resolver grande parte dos problemas suscitados pelas normas imperativas “dispostas a aplicar-se” de terceiros Estados.

Por certo, não será possível aplicar, por via destas normas de conexão especiais, as normas imperativas de todos os Estados que apresentam laços significativos com a situação. Mas é também duvidoso que este resultado seja desejável, pelo címulo de normas imperativas de diferentes Estados a que conduz, com a consequente limitação da autonomia dos sujeitos das relações privadas internacionais. Acresce que este resultado só é atingível por meio de uma cláusula geral, com os inconvenientes atrás referidos.

4. Posição adoptada de *iure constituto*

Não vigora na ordem jurídica portuguesa qualquer regra geral sobre a relevância de normas imperativas de terceiros ordenamentos. O mesmo se verifica perante o Projecto do Código Civil de Macau.

Todavia o Direito Internacional Privado português contém algumas regras relevantes em domínios específicos.

A mais importante é a que consta do art. 16.º da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação: “Na aplicação da presente Convenção poderá atribuir-se efeito às disposições imperativas de qualquer Estado com o qual a situação apresente uma conexão efectiva, se e na medida em que, segundo o direito desse Estado, tais disposições forem aplicáveis, qualquer que seja a lei designada pelas suas regras de conflito”³⁶.

Também o disposto no n.º 2 do art. 31.º da Lei n.º 13/85, de 6/7, sobre o património cultural português, pode ser encarado como consagração legislativa de uma conexão especial estabelecida com o país da proveniência dos bens culturais.

É a seguinte a redacção do preceito:

“São nulas e de nenhum efeito as transacções realizadas em território português sobre bens culturais móveis provenientes de países estrangeiros quando efectuadas em infracção da respectiva legislação interna reguladora da sua alienação ou exportação”.

No que toca à validade do contrato, serão relevantes os requisitos estabelecidos pela lei do lugar da execução ao tempo da celebração do contrato. As normas proibitivas ou limitativas que sejam adoptadas pela lei do lugar da execução posteriormente à conclusão do negócio deverão apenas ser tidas em conta como pressupostos de facto das normas da lex contractus relativas à exoneração do devedor.

³⁶ Sobre este preceito ver VON OVERBECK — “La contribution de la conférence de La Haye au développement du droit international privé”, RCADI 233 (1992) 9—98, 50 e segs.

Há ainda certas normas de remissão condicionada que permitem ter em conta a “vontade de aplicação” de normas estrangeiras - arts. 36.º/1 *in fine* (forma da declaração), 45.º/3 (responsabilidade extracontratual), 47.º (capacidade para constituir direitos reais sobre coisas imóveis ou dispor deles) e 65.º/2 (forma das disposições por morte), todos do Código Civil, e art. 9.º/6 da Convenção de Roma (forma do contrato)³⁷.

Fora destes domínios específicos, a criação, pelo intérprete, de normas de conflitos especiais, que atribuam um título de aplicação a normas imperativas de terceiros Estados, pressupõe a revelação de uma lacuna oculta mediante *interpretação restritiva* ou *redução teleológica* das normas de conflitos gerais em causa³⁸. E deve obedecer aos critérios estabelecidos, na ordem jurídica portuguesa, para a sua integração.

Se o próprio legislador introduziu limites às normas de conflitos gerais com respeito a normas autolimitadas do foro, designadamente por meio de normas unilaterais *ad hoc*, encontra-se muito facilitada a revelação de uma lacuna oculta com respeito à aplicabilidade de normas imperativas semelhantes contidas em ordenamentos estrangeiros³⁹.

Na falta de demonstração em contrário, é de supor que as normas unilaterais ligadas às normas autolimitadas do foro consagram, como resultado de uma valoração conflitual, soluções que se revelam adequadas para todas as normas que apresentam conteúdo e função equivalentes, quer sejam normas do foro ou normas estrangeiras. Por isso estas normas unilaterais *ad hoc* são, em princípio, bilateralizáveis⁴⁰.

Observe-se que em matéria de contratos cambiais existe mesmo uma norma bilateral de fonte internacional, que consta da al. b) do art. VIII do Acordo

³⁷ Sobre estas disposições ver LIMA PINHEIRO (n. 14) §§ 56, 61 D) e 67 C) com mais referências. No Projecto do Código Civil de Macau ver arts. 35.º/1 *in fine*, 44.º/3, 46.º e 62.º/2.

³⁸ Ver LIMA PINHEIRO (n. 5) 790 e, sobre o sentido da reservaposta à aplicação do n.º 1 do art. 7.º da Convenção de Roma, 783 e seg., com mais referências.

³⁹ Relativamente aos sistemas que consagrem uma cláusula geral facultando uma valoração conflitual casuística de normas individualizadas da ordem jurídica do foro ver LIMA PINHEIRO (n. 5) 792 e seg.

⁴⁰ Em sentido favorável à bilateralização, NEUMAYER (n. 32) 38; ZWEIGERT (n. 40 [1965]) 656 e segs.; TOUBIANA (n. 19) 230 e segs., 241 e segs. e 258 e segs.; DEBY—GÉRARD (n. 19) 48 e segs.; NEUHAUS (n. 7) 40 e seg. e 106, seguido por KROPHOLLER (n. 7) 95; KEGEL (n. 13 [1976]) 75; MARTINEK — Das internationale Kartellprivatrecht. Ein Beitrag zur Kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht, Heidelberg, 1987, 45 e segs. e 94 e segs. Sobre o ponto ver ainda WENGLER (n. 8) 92 e FERRER CORREIA (n. 1 [1982]) 390. Cp. FRANCESCAKIS — “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, R. crit. 55 (1966) 1—18, 9 e segs., MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 822, 941 e 1002 e seg. e BATIFFOL — LAGARDE (n. 16) 429.

Sobre os limites à bilateralização de normas unilaterais ver LIMA PINHEIRO (n. 5) 307 e seg. e 790 e seg.

Relativo ao Fundo Monetário Internacional. Esta norma estabelece uma conexão especial com a regulamentação cambial do Estado cuja moeda está em causa⁴¹.

Abre-se ainda a possibilidade de uma aplicação analógica de normas de conflitos especiais consagradas pelo legislador para regras imperativas estrangeiras relativas a certas questões.

Também se pode colocar a questão de saber se essas soluções particulares não constituem a manifestação de um princípio mais geral.

Em todo o caso, uma generalização, por via analógica, da cláusula geral que consta do art. 16.^º da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação parece-me indefensável. O legislador português, ao formular uma reserva ao art. 7.^º 1 da Convenção Roma, mostrou-se claramente desfavorável à generalização de uma solução deste tipo.

E não vejo que de soluções muito específicas, como a consagrada no n.^º 2 do art. 31.^º da Lei n.^º 13/85, se possa retirar qualquer princípio geral sobre a relevância de outras normas de terceiros Estados.

5. Relevância de normas imperativas de terceiros Estados no quadro do Direito material da *lex causae*

Nos casos em que a ordem jurídica local não atribui um título de aplicação a normas imperativas de terceiros Estados, estas normas podem ainda ter relevância no quadro do Direito material da *lex causae*.

Antes de terminar, importa fazer uma brevíssima referência a esta *tomada em consideração* das normas imperativas de terceiros Estados no quadro do Direito material da *lex causae*⁴².

Esta tomada em consideração verifica-se indubitavelmente nos casos em que a norma é considerada como um pressuposto de facto da aplicação de uma norma material da *lex causae*⁴³.

⁴¹ Segundo este preceito, os “contratos cambiais que envolvam a moeda de qualquer membro e que sejam contrários à regulamentação cambial que esse membro mantenha ou introduza, em conformidade com o presente Acordo, não serão executórios nos territórios de nenhum membro.”

⁴² Sobre o significado da expressão “tomar em consideração” ver LIMA PINHEIRO (n. 5) 794 e seg.

⁴³ Ver MANN — “Proper Law and Illegality in Private International Law”, Brit. YBIL 18 (1937) 97—113, 110 e seg.; WENGLER — “Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie”, ZvglRW 45 (1941) 168—212, 202 e segs. e (n. 13) 388 e segs.; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (n. 1[1954]) 319 e segs.; EHRENZWEIG (n. 18) 83 e seg.]; EHRENZWEIG — JAYME — Private International Law, vol. III, Leyden e Nova Iorque, 1977, 9 e seg.; MOURA RAMOS (n. 3) 699 e segs.; MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 985 e segs.; ZIMMER — “Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen”, IPRax 13 (1993) 65—69, 67 e segs.

A hipótese de escola é a da relevância da norma proibitiva do país de execução do contrato como facto gerador de impossibilidade de cumprimento. Parece de exigir, para o efeito, que a vigência da norma constitua um impedimento efectivo à execução da prestação, quer pela impossibilidade material de a realizar (mormente sem colaboração das autoridades públicas), quer pelo risco efectivo de uma sanção em caso de inobservância da proibição⁴⁴.

Além desta hipótese, coloca-se o problema das consequências que advêm, para a validade de um negócio jurídico, da contrariedade do seu objecto ou fim a normas imperativas de terceiros ordenamentos.

Quando o Direito português for chamado a reger o negócio jurídico, a violação de uma norma imperativa estrangeira só poderia constituir fundamento de nulidade por contrariedade à lei do objecto ou do fim do negócio, perante os arts. 280.^º e 281.^º do Código Civil, se a norma imperativa fosse aplicada.

A jurisprudência de diversos países e, designadamente, a alemã, tem evitado este resultado, entendendo que a invalidade do negócio cujo objecto seja contrário a normas imperativas de terceiros Estados decorre da *contrariedade aos bons costumes*. Com efeito, os tribunais alemães têm reiteradamente considerado imoral o contrato que as partes celebram em violação de normas imperativas de terceiros Estados, quando estas normas correspondem também a um interesse público alemão ou servem interesses geralmente atendidos por todos os povos⁴⁵.

Para um sistema que consagre uma conexão especial com a lei do país onde o contrato deve ser executado, designadamente com respeito aos requisitos de validade do objecto e do fim do contrato, raramente o problema se colocará.

⁴⁴ Ver WENGLER (n. 8), não excluindo que a impossibilidade, em lugar de conduzir à exoneração do devedor, possa resultar numa adaptação da obrigação de prestação, quando for concebível a sua execução noutro lugar. A superveniência de leis imperativas, que não cause uma impossibilidade de cumprimento, pode relevar como alteração da base do negócio — ver SCHURIG (n. 11) 240 e segs. e VISCHER (n. 16) 176 e segs. Observe-se ainda que a consciente violação de uma lei estrangeira pode fundamentar uma pretensão de indemnização por prejuízos causados mediante uma actuação contrária aos bons costumes nos termos do art. 826º BGB — cf. MARTINY — “Internationales Vertragsrecht zwischen Rechtsfälle und Vereinheitlichung”, ZeuP (1995) 67—88, 87 e seg. e jurisprudência aí referida.

Quanto aos problemas específicos suscitados pela invocação, como impedimento à execução de contratos celebrados com entes públicos, de modificações legislativas no país onde o contrato deve ser executado, ver VON HOFFMANN in FISCHER — VON HOFFMANN — Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht, Heidelberg, 1984, 43 e 60 e segs. e BÖCKSTIEGEL — “Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts”, in HORN (org.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, 159—169, Deventer et al., 1985, 167 e seg.

⁴⁵ Ver, por exemplo, a decisão proferida pelo BGH, em 22/6/72 [BGHZ 59: 82], no caso das máscaras de bronze e a jurisprudência do RG com respeito aos contratos envolvendo contrabando cit. por CHRISTIAN VON BAR (n. 32) 234 n. 218. Ver também DROBNIG (n. 32) 161 e seg.

Mas enquanto esta solução não for consagrada pelo Direito positivo a contrariedade aos bons costumes do objecto ou do fim do contrato constitui por assim dizer a “válvula de segurança” do sistema⁴⁶.

Assinale-se, por último, que o órgão de aplicação dispõe de uma certa margem de apreciação, quando determina se a violação de uma norma imperativa estrangeira constitui, na perspectiva do Direito material da *lex causae*, uma conduta ofensiva dos bons costumes.

⁴⁶ Ver desenvolvimento em LIMA PINHEIRO (n. 5) 795 e seg.